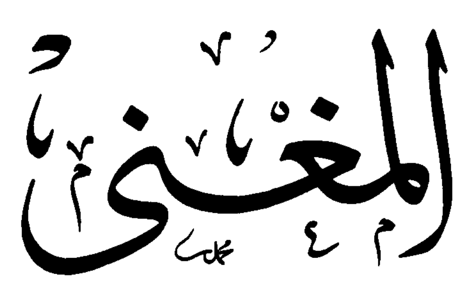


المغني

لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي
٥٤١-٦٢٠ هـ

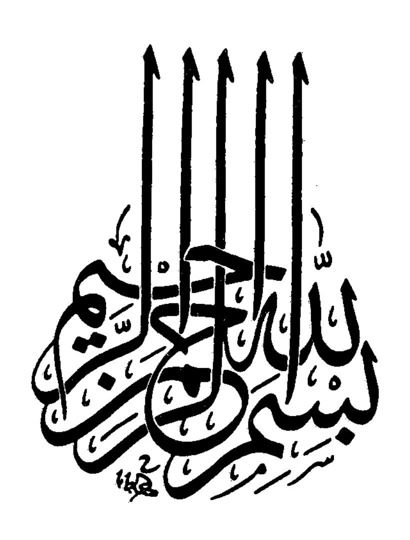
تحقيق

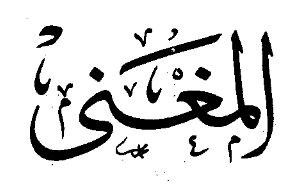
الدكتور
عبد الله بن عبد المحسن التركي

الدكتور
عبد الفتاح محمد الحلو

الجزء الثامن

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض


بسم الله الرحمن الرحيم


المغني

الطبعة الأولى

١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م

الطبعة الثانية

١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م

الطبعة الثالثة

١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م

مصححة ، منقحة

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع

العليا ـ غرب مؤسسة التحلية ـ ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢

ص . ب . ٦٤٦٠ ـ الرياض ١١٤٤٢ ـ تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦

المملكة العربية السعودية

بسم الله الرحمن الرحيم

/ كتاب الإجارات

٧٨/٥ و

الأصْلُ فى جَوازِ الإجَارَةِ الكِتَابُ والسُّنَّةُ ، والإجْمَاعُ . أمَّا الكِتَابُ . فقولُ الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾(1) . وقال تعالى : ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ * قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ﴾(2) . ورَوَى ابنُ ماجَةَ فى « سُنَنِه »(3) عن عُتْبَةَ بن النُّدَّر ، قال : كُنَّا عند رسولِ الله ﷺ فقرأ : ﴿ طسٓمٓ ﴾ حتى إذا بَلَغَ قِصَّةَ موسى ، قال : « إنَّ مُوسَى عَلَيْهِ السَّلَامُ آجَرَ نَفسَه ثَمَانِيَ حِجَجٍ ، أوْ عَشْرًا ، عَلَى عِفَّةِ فَرْجِه ، وطَعَامِ بَطْنِه » . وقال اللهُ تعالى : ﴿ فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنقَضَّ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾(4) . وهذا يَدُلُّ على جَوازِ أخْذِ الأجْرِ على إقامَتِه . وأمَّا السُّنَّةُ ، فثَبَتَ أنَّ رسولَ الله ﷺ ، وأبا بَكرٍ ، اسْتأْجَرا رَجُلًا من بَنِى الدِّيلِ هادِيا خِرِّيتًا(5) . ورَوَى البُخارِىُّ ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « قَالَ اللهُ عَزَّ وجَلَّ : ثَلَاثَةٌ أنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ القِيَامَةِ : رَجُلٌ أعْطَى بِى ثم غَدَرَ ، ورَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فأكَلَ ثَمَنَهُ ، ورَجُلٌ

---

(1) سورة الطلاق ٦ .

(2) سورة القصص ٢٦ ، ٢٧ .

(3) فى : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .

(4) سورة الكهف ٧٧ .

(5) الخريت : هو الماهر بالهداية .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب استئجار المشركين عند الضرورة ... ، وباب إذا استأجر أجيرًا ليعمل له بعد ثلاثة أيام ... ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب هجرة النبى ﷺ وأصحابه إلى المدينة ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخارى ١١٦/٣ ، ٧٦/٥ .

اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوفِّهِ أَجْرَهُ »[٦] . والأَخْبارُ فى هذا كَثِيرَةٌ . وأَجْمَعَ أَهْلُ العِلْم فى كلّ عَصْرٍ وكلِّ مِصْرٍ على جَوَازِ الإجَارَةِ ، إلَّا ما يُحْكَى عن عبدِ الرحمن ابن الأَصَمِّ[٧] أنَّه قال : لا يجوزُ ذلك ؛ لأنَّه غَرَرٌ . يَعْنى أنَّه يَعْقِدُ على مَنَافِعَ لم تُخْلَقْ . وهذا غَلَطٌ ، لا يَمْنَعُ انْعِقَادَ الإجْماعِ الذى سَبَقَ فى الأَعْصارِ ، وسارَ فى الأَمْصارِ ، والعِبْرَةُ أيضا دَالَّةٌ/عليها ؛ فإنَّ الحاجَةَ إلى المَنَافِعِ كالحاجَةِ إلى الأَعْيَانِ ، فلمَّا جَازَ العَقْدُ على الأَعْيانِ ، وَجَبَ أن تجوزَ الإجَارَةُ على المَنَافِعِ ، ولا يَخْفَى ما بالنَّاسِ من الحاجَةِ إلى ذلك ، فإنَّه ليس لكلّ أحدٍ دَارٌ يَمْلِكُها ، ولا يَقْدِرُ كلُّ مُسَافِرٍ على بَعِيرٍ أو دَابَّةٍ يَمْلِكُها ، ولا يَلْزَمُ أَصْحابَ[٨] الأَمْلاكِ إسْكَانُهم وحَمْلُهُم تَطَوُّعًا ، وكذلك أَصْحَابُ الصَّنائِعِ يَعْمَلُونَ بأَجْرٍ ، ولا يُمْكِنُ كلَّ أحدٍ عملُ ذلك ، ولا يَجِدُ مُتَطَوِّعًا به ، فلا بُدَّ من الإجَارَةِ لذلك ، بل ذلك ممَّا جَعَلَهُ الله تعالى طَرِيقًا لِلرِّزْقِ ، حتى إنَّ أَكْثَرَ المَكاسِبِ بالصَّنائِعِ . وما ذَكَرَه من الغَرَرِ ، لا يُلْتَفَتُ إليه ، مع ما ذَكَرْنا من الحاجَةِ ، فإنَّ العَقْدَ على المَنافِعِ لا يُمْكِنُ بعدَ وُجُودِها ، لأنَّها تَتْلَفُ بمُضِىِّ السَّاعاتِ ، فلا بُدَّ من العَقْدِ عليها قبلَ وُجُودِها ، كالسَّلَمِ فى الأَعْيانِ .

٥/٧٨ ظ

فصل : واشْتِقاقُ الإجَارَةِ من الأَجْرِ ، وهو العِوَضُ، قال اللهُ تعالى : ﴿ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾[٩] . ومنه سُمِّىَ الثَّوَابُ أَجْرًا ؛ لأنَّ الله تعالى يُعَوِّضُ العَبْدَ به على طاعَتِه ، أو صَبْرِه على مُصِيبَتِه .

---

(٦) فى : باب إثم من باع حرا ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إثم من منع أجر الأجير ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٠٨/٣ ، ١١٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٥٨/٢ .

(٧) عبد الرحمن بن كيسان الأصم ، أبو بكر شيخ المعتزلة ، اشتهر بالكلام والأصول والفقه ، توفى سنة إحدى ومائتين . سير أعلام النبلاء ٤٠٢/٩ .

(٨) فى الأصل : « صاحب » .

(٩) سورة الكهف ٧٧ .

فصل : وهى نَوْعٌ من البَيْعِ ، لأنَّها تَمْلِيكٌ[10] من كل واحدٍ منهما لِصَاحِبه ، فهى بَيْعُ المنَافِعِ ، والمَنَافِعُ بمَنْزِلةِ الأعْيانِ ، لأنَّه[11] يَصِحُّ تَمْلِيكُها فى حال الحَياةِ ، وبعدَ المَوْتِ ، وتُضْمَنُ باليَدِ والإِتْلافِ ، ويكونُ عِوَضُها عَيْنًا ودَيْنًا . وإنَّما اخْتصَّتْ باسْمٍ كما اخْتصَّ بعضُ البُيُوعِ باسْمٍ ، كالصَّرْفِ ، والسَّلَمِ . إذا ثَبَتَ هذا فإنَّها تَنْعَقِدُ بلَفْظِ الإِجارَةِ والكِرَاءِ ؛ لأنَّهما مَوْضُوعانِ لها . وهل تَنْعَقِدُ بلَفْظِ البَيْعِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، تَنْعَقِدُ به ؛ لأنَّها بَيْعٌ فانْعَقَدَتْ بلَفْظِه ، كالصَّرْفِ . والثانى ، لا تَنْعَقِدُ به ؛ لأنَّ فيها مَعْنًى خاصًّا ، فافْتَقَرتْ إلى لَفْظٍ يَدُلُّ على ذلك المَعْنَى ، ولأنَّ الإِجارَةَ تُضَافُ إلى العَيْنِ / التى يُضَافُ إليها البَيْعُ إضَافةً واحِدَةً ، فاحْتِيجَ إلى لَفْظٍ يُعْرَفُ ويُفَرِّقُ بينهما ، كالعُقُودِ المُتَبَايِنَةِ ، ولأنَّه عَقْدٌ يُخَالِفُ البَيْعَ فى الحُكْمِ والاسْمِ ، فأشْبَه النِّكاحَ .

٥/٧٩ و

فصل : ولا تَصِحُّ إلَّا من جائِزِ التَّصرُّفِ ؛ لأنَّه[12] عَقْدُ تَمْلِيكٍ فى الحَياةِ ، فأشْبَه البَيْعَ .

٨٩١ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا وَقَعَتِ الْإجَارَةُ عَلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ ، بأُجْرَةٍ مَعْلُومةٍ ، فَقَدْ مَلَكَ المُسْتَأْجِرُ المَنافِعَ ، ومُلِكَتْ عَلَيْهِ الأُجْرَةُ كَامِلةً ، فِى وَقْتِ الْعَقْدِ ، إلَّا أنْ يَشْتَرِطَا أجَلًا**)

هذه المَسْأَلَةُ تَدُلُّ على أحْكامٍ سِتَّة ؛ أحدها ، أنَّ المَعْقُودَ عليه المنافِعُ . وهذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم : مالِكٌ ، وأبو حَنِيفَةَ ، وأكْثَرُ أصْحابِ الشافِعِىِّ . وذَكَرَ بعضُهم أنَّ المَعْقُودَ عليه العَيْنُ ؛ لأنَّها المَوْجُودَةُ ، والعَقْدُ يُضَافُ إليها ، فيقولُ : أجَرْتُكَ دَارِى (1كما يقول : بِعْتُكَها1) . ولَنا ، أنَّ المَعْقُودَ عليه هو المُسْتَوْفَى

---

(١٠) فى ب : « تملك » .

(١١) فى ب : « لأنها » .

(١٢) فى م : « لأنها » .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

بالعَقْدِ ، وذلك هو المنافعُ دونَ الأعْيانِ ، ولأنَّ الأجْرَ فى مُقَابَلةِ المَنْفَعةِ ، ولهذا تُضْمَنُ دونَ العَيْنِ ، وما كان العِوَضُ فى مقَابَلَتِه ، فهو المَعْقُودُ عليه ، وإنَّما أُضِيفَ العَقْدُ إلى العَيْنِ لأنَّها مَحِلُّ المَنْفَعةِ ومَنْشَؤُها ، كما يُضَافُ عَقْدُ المُسَاقاةِ إلى البُسْتانِ والمَعْقُودُ عليه الثَّمَرةُ . ولو قال : أجَرْتُكَ مَنْفعةَ دَارِى . جازَ . الثانى ، أنَّ الإجَارَةَ إذا وَقَعَتْ على مُدَّةٍ يَجِبُ أن تكونَ مَعْلُومةً ، كشَهْرٍ وسَنَةٍ . ولا خِلَافَ فى هذا نَعْلَمُه ، لأنَّ المُدَّةَ هى الضَّابِطَةُ لِلمَعْقُودِ عليه ، المُعَرِّفَةُ له ، فوَجَبَ أن تكونَ مَعْلُومةً ، كعَدَدِ المَكِيلاتِ فيما بِيعَ بالكَيْلِ . /فإن قَدَّرَ المُدَّةَ بِسَنَةٍ مُطْلَقةٍ ، حُمِلَ على سَنَةِ الأَهِلَّةِ ؛ لأنَّها المَعْهُودَةُ فى الشَّرْعِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ ﴾[2] فوَجَبَ أن يُحْمَلَ العَقْدُ عليه . فإن شَرَطَ هِلَالِيَّةً ، كان تَأْكِيدًا ، وإن قال : عَدَدِيَّةً ، أو سَنَةً بالأيامِ . كان له ثَلَاثُمائة وسِتُّونَ يَوْمًا ؛ لأنَّ الشَّهْرَ العَدَدِىَّ يكونُ ثلاثِينَ يَوْمًا . وإن اسْتَأْجَرَ سَنَةً هِلَالِيَّةً أوَّلَ الهِلَالِ ، عَدَّ اثْنَىْ عَشَرَ شَهْرًا بالأَهِلَّةِ ، سواءٌ كان الشَّهْرُ تامًّا أو ناقِصًا ؛ لأنَّ الشَّهْرَ الهِلَالِىَّ ما بين الهِلَالَيْنِ ، يَنْقُصُ مَرَّةً ويَزِيدُ أخرى . وإن كان العَقْدُ فى أثْناءِ شَهْرٍ ، عَدَّ ما بَقِىَ من الشَّهْرِ ، وعَدَّ بعدَه أحَدَ عَشَرَ شَهْرًا بالهِلَالِ ، ثم كَمَّلَ الشَّهْرَ الأوَّلَ بالعَدَدِ ثَلَاثِينَ يومًا ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ إتْمامُه بالهِلَالِ ، فتَمَّمْناهُ[3] بالعَدَدِ ، وأمْكَنَ اسْتِيفَاءُ ما عَداهُ بالهِلَالِ ، فوَجَبَ ذلك ؛ لأنَّه الأَصْلُ . وحُكِىَ عن أحمدَ رِوَايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يُسْتَوْفَى الجَمِيعُ بالعَدَدِ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ يُسْتَوْفَى بعضها بالعَدَدِ ، فوَجَبَ اسْتِيفَاءُ جَمِيعِها به ، كما لو كانت المُدَّةُ شَهْرًا واحدًا ، ولأنَّ الشَّهْرَ الأوَّلَ يَنْبَغِى أن يُكْمَلَ من الشَّهْرِ الذى يَلِيه ، فيَحْصُلُ ابْتِداءُ الشَّهْرِ الثانى فى[4] أثْنائِه ، فكذلك كُلُّ شَهْرٍ يَأْتِى بعدَه . ولأبى حنيفةَ والشَّافِعِىِّ كالرِّوَايَتَيْنِ . وهكذا إن كان العَقْدُ على أشْهُرٍ دونَ السَّنَةِ . وإن جَعَلَا المُدَّةَ[5] سَنَةً رُومِيَّةً أو شَمْسِيَّةً أو فارِسِيَّةً

٥/٧٩ ظ

---

(٢) سورة البقرة ١٧٩ .

(٣) فى الأصل : « فتممها » . وفى ب : « فتمم » .

(٤) فى ب : « من » .

(٥) سقط من : ب .

٨٠/٥ و أو قِبْطِيَّةٌ ، وكانا يَعْلَمانِ ذلك ، جازَ ، و/ كان له ثَلَاثُمائة وخَمْسَةٌ وستُّونَ يومًا ، فإنَّ الشُّهُورَ الرُّومِيَّةَ منها سَبْعَةٌ أحَدٌ وثَلَاثُونَ يومًا ، وأَرْبَعَةٌ ثَلَاثُونَ يومًا ، وشَهْرٌ واحدٌ ثَمانيةٌ وعِشْرُونَ يومًا ، وشُهُورُ القِبْطِ كلُّها ثَلَاثُونَ ثَلَاثُون ، وزَادُوها خَمْسَةَ أيَّامٍ لِتُساوِىَ سَنَتُهم السَّنَةَ الرُّومِيَّة . وإن كان أحَدُهُما يَجْهَلُ ذلك ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ المُدَّةَ مَجْهُولةٌ فى حَقِّه . وإن أجَرَهُ إلى العِيدِ ، انْصَرَفَ إلى الذى يَلِيه ، وتَعَلَّقَ بأَوَّلِ جُزْءٍ منه ؛ لأنَّه جَعَلَه غايةً ، فتَنْتَهِى مُدَّةُ الإِجارَةِ بأوَّلِه . وقال القاضى : لابُدَّ من تَعْيِينِ العِيدِ فِطْرًا أو أضْحَى ، من هذه السَّنةِ أو سَنَة كذا . وكذلك الحُكْمُ إن عَلَّقَه بِشَهْرٍ يَقَعُ اسْمُه على شَهْرَيْنِ ، كجُمَادَى ورَبِيعٍ ، يَجِبُ على قَوْلِه أن يَذْكُرَ الأَوَّلَ أو الثانى ، من سَنَة كذا . وإن عَلَّقَهُ بِشَهْرٍ مُفْرَدٍ ، كرَجَبَ وشَعْبَانَ ، فلابدَّ أن يُبَيِّنَه من أىِّ سَنَةٍ . وإن عَلَّقَه بيَوْمٍ ، فلابُدَّ على قَوْلِه أن يُبَيِّنَه من أىِّ أُسْبُوعٍ . وإن عَلَّقَهُ بِعِيدٍ من أعْيادِ الكُفَّارِ ، صَحَّ إذا عَلِمَاه ، وإلَّا لم يَصِحَّ ، وقد مَضَى نحوٌ من هذا .

٨٠/٥ ظ **فصل** : ولا يُشْتَرَطُ فى مُدَّةِ الإِجارَةِ أن تَلِىَ العَقْدَ ، بل/ لو أجَرَهُ سَنَةَ خَمْسٍ ، وهما فى سَنَةِ ثَلَاث ، أو شَهْرَ رَجَبٍ فى المُحَرَّمِ . صَحَّ ، وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافِعِىُّ : لا يَصِحُّ إلَّا أن[٦] يَسْتأْجِرَها مَنْ هى فى إجارَتِه ، ففيه قَوْلانِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على ما لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه فى الحالِ ، فأشْبَهَ إجارَةَ العَيْنِ المَغْصُوبةِ . قال : ولا يجوزُ أن يَكْتَرِىَ بَعِيرًا بعَيْنِه إلَّا عند خُرُوجِه ؛ لذلك . ولَنا ، أنَّها[٧] مُدَّةٌ يجوزُ العَقْدُ عليها مع غيرِها ، فجازَ العَقْدُ عليها مُفْرَدَةً مع عُمُومِ النّاسِ ، كالتى تَلِى العَقْدَ ، وإنما تُشْتَرَطُ القُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ عندَ وُجُوبِ التَّسْلِيمِ ، كالمُسْلَمِ فيه ، ولا يُشْتَرَطُ وُجُودُه ولا القُدْرَةُ عليه حالَ العَقْد ، ولا فَرْقَ بين كونِها مَشْغُولةً أو غيرَ مَشْغُولةٍ ؛ لما ذَكَرْناه ، وما ذَكَرَهُ[٨] يَبْطُلُ

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى م : « أن هذه » .

(٨) فى م : « ذكروه » .

بما إذا أجَرَها من المُكْتَرِى ، فإنَّه يَصِحُّ مع ما ذَكَرَهُ[٩] . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الإجَارَةَ إن كانتْ على مُدَّةٍ تَلِى العَقْدَ ، لم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ ابْتِدَائِها من حينِ العَقْدِ ، وإن كانتْ لا تَلِيه ، فلا بُدَّ من ذِكْرِ ابْتِدَائِها ، لأنَّه أحَدُ طَرَفَىِ العَقْدِ ، فاحْتِيجَ إلى مَعرِفَتِه ، كالانْتِهَاء . وإن أطْلَقَ . فقال : أجَرْتُكَ سَنَةً ، أو شَهْرًا . صَحَّ / وكان ابْتِداؤُه من حينِ العَقْدِ . وهذا قول مالكٍ ، وأبى حنيفةَ . وقال الشافِعِىُّ . وبعضُ أصْحابِنا : لا يَصِحُّ حتى يُسَمِّىَ الشَّهْرَ ، ويَذْكُرَ أىَّ سَنَةٍ هى ؛ فإنَّ أحمدَ قال ، فى رِوَايةِ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ : إذا اسْتَأْجَرَ أجِيرًا شَهْرًا ، فلا يجوزُ حتى يُسَمِّىَ الشَّهْرَ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى إخْبارًا عن شُعَيْبٍ عليه السَّلامُ : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ ﴾[١٠] . ولم يَذْكُرْ ابْتِدَاءَها . ولأنَّه تَقْدِيرٌ بمُدَّةٍ ليس فيها قُرْبَةٌ ، فإذا أطْلَقَها[١١] ، وَجَبَ أن تَلِىَ السَّبَبَ المُوجِبَ[١٢] ، كمُدَّةِ السَّلَمِ والإيلَاءِ ، وتُفارِقُ النَّذْرَ ؛ فإنَّه قُرْبَةٌ .

فصل : ولا تَتَقَدَّرُ أكْثَرُ مُدَّةِ الإجَارَةِ ، بل تجوزُ إجَارَةُ العَيْنِ المُدَّةَ التى تَبْقَى فيها وإن كَثُرَتْ . وهذا قولُ كافَّةِ أهْلِ العِلْمِ . إلَّا أنَّ أصْحابَ الشافِعِىِّ اخْتَلَفُوا فى مَذْهَبِه ، فمنهم مَن قال : له قَوْلَانِ ؛ أحدُهما ، كقولِ سائِرِ أهْلِ العِلْمِ . وهو الصَّحِيحُ . الثانى ، لا يجوزُ أكْثَرَ من سَنَةٍ ؛ لأنَّ الحاجَةَ لا تَدْعُو إلى أكْثَرَ منها . ومنهم من قال : له قولٌ ثالِثٌ ، أنَّها لا تَجوزُ أكْثَرَ من ثَلَاثِينَ سَنَةً ؛ لأنَّ الغالِبَ أن الأعْيانَ لا تَبْقَى أكْثَرَ منها ، وتَتَغَيَّرُ الأسْعَارُ والأجْرُ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى إخْبارًا عن شُعَيْبٍ عليه السَّلام ، أنَّه قال : ﴿ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾ ، وشَرْعُ مَن قَبْلَنا شَرْعٌ لنا ما لم يَقُمْ على نَسْخِه دَلِيلٌ . ولأنَّ ما جازَ العَقْدُ عليه سَنَةً ، جازَ أكْثَرَ منها ، كالبَيْعِ

(٩) فى الأصل : « ذكرناه » . وفى م : « ذكروه » .

(١٠) سورة القصص ٢٧ .

(١١) فى الأصل : « أطلقا » .

(١٢) سقط من : الأصل .

٨١/٥ و

والنِّكَاحِ والمُسَاقاةِ ، والتَّقْدِيرُ بسَنَة / وثَلاثِينَ ، تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ، وليس ذلك أَوْلَى من التَّقْدِيرِ بزِيَادَةٍ عليه أو نُقصَانٍ منه . وإذا استَأْجَرَه سِنِينَ ، لم يَحْتَجْ إلى تَقْسِيطِ الأجْرِ على كلِّ سَنَةٍ ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ، كما لو استَأْجَرَ سَنَةً لم يَفْتَقِرْ إلى تَقْسِيطِ أجْرِ كلِّ شَهْرٍ ، بالاتِّفَاقِ . ولو استَأْجَرَ شَهْرًا ، لم يَفْتَقِرْ إلى تَقْسِيطِ أجْرِ كلِّ يوم . ولأنَّ المَنْفَعةَ كالأعْيانِ فى البَيْعِ ، ولو اشْتَمَلَتِ الصَّفْقةُ على أعْيانٍ ، لم يَلْزَمْه تَقْدِيرُ ثَمَنِ كلِّ عَيْنٍ ، كذلك هـٰهُنا . وقال الشافِعِىُّ ، فى أحَدِ قَوْلَيْه كقَوْلِنا ، وفى الآخرِ : يَفْتَقِرُ إلى تَقْسِيطِ أجْرِ كلِّ سَنَةٍ ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَخْتَلِفُ باخْتِلافِ السِّنِينَ ، فلا نَأْمَنُ[13] أن يَنْفَسِخَ العَقْدُ ، فلا يَعْلَمُ بمَ يَرْجِعُ . وهذا يَبْطُلُ بالشُّهُورِ ؛ فإنَّه لا يَفْتَقِرُ إلى تَقْسِيطِ الأجْرِ عليها ، مع الاحْتِمالِ الذى ذَكَرُوه .

٥/٨١ ظ

فصل : والإجَارَةُ على ضَرْبَيْنِ ؛ أحدُهما ، أن يَعْقِدَها على مُدَّةٍ . والثانى ، أن يَعْقِدَها على عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، كبِنَاءِ حائِطٍ ، وخِيَاطَةِ قَمِيصٍ ، وحَمْلٍ إلى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ . فإذا كان المُسْتَأْجَرُ ممَّا له عَمَلٌ كالحَيَوانِ ، جازَ فيه الوَجْهانِ ؛ لأنَّ له عَمَلًا تَتَقَدَّرُ مَنافِعُه به ، وإن لم يَكُنْ له عَمَلٌ كالدّارِ والأرْضِ ، لم يَجُزْ إلَّا على مُدَّةٍ . ومتى تَقَدَّرَتِ المُدّةُ ، لم / يَجُزْ تَقْدِيرُ العَمَلِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ؛ لأنَّ الجَمْعَ بينهما يَزِيدُها غَرَرًا ، لأنَّه قد يَفْرُغُ من العَمَلِ قبلَ انْقِضاءِ المُدّةِ ، فإن استُعْمِلَ فى بَقِيَّةِ المُدَّةِ ، فقد زَادَ على ما وَقَعَ عليه العَقْدُ ، وإن لم يَعْمَلْ كان تَارِكًا لِلْعَمَلِ فى بعض المُدَّةِ ، وقد لا يَفْرُغُ من العَمَلِ فى المُدَّةِ ، فإن أتَمَّهُ عَمِلَ فى غير المُدّةِ ، وإن لم يَعْمَلْهُ لم يَأْتِ بما وَقَعَ عليه العَقْدُ ، وهذا غَرَرٌ أمْكَنَ التَّحَرُّزُ عنه ، ولم يُوجَدْ مثلُه فى مَحلِّ الوِفَاقِ ، فلم يَجُزِ العَقْدُ معه . ورُوِىَ عن أحمدَ ، فى مَن اكْتَرَى دابّةً إلى مَوْضِعٍ ، علَى أن يَدْخُلَه فى ثَلَاثٍ ، فدَخَلَه فى سِتٍّ ، فقال : قد أضَرَّ به . فقيل : يَرْجِعُ عليه بالقِيمَةِ ؟ قال : لا ، يُصَالِحُه . وهذا يَدُلُّ على جَوازِ تَقْدِيرِهما جَمِيعا . وهو قولُ أبى يوسفَ ، ومحمدِ بن

٥/٨٢ و

---

(١٣) فى ب ، م : « يأمن » .

الحَسَنِ ؛ لأنَّ الإجَارَةَ مَعْقُودَةٌ على العَمَلِ ، والمُدَّةُ مَذْكُورَةٌ لِلتَّعْجِيلِ ، فلا يَمْتَنِعُ[١٤] ذلك . فعلى هذا ، إذا فَرَغَ العَمَلُ قبلَ انْقِضَاءِ المُدّةِ ، لم يَلْزَمْهُ العَمَلُ فى بَقِيَّتِها ؛ لأنّه وَفَّى ما عليه قبلَ مُدَّتِه ، فلم يَلْزَمْهُ شىءٌ آخَرُ ، كما لو قَضَى الدَّيْنَ قبلَ أجَلِه ، وإن مَضَتِ المُدَّةُ قبلَ العَمَلِ ، فلِلْمُسْتَأْجِرِ فَسْخُ الإجَارَةِ ؛ لأنَّ الأَجِيرَ لم يَفِ له بِشَرْطِه . وإن رَضِىَ بالبَقَاءِ عليه ، لم يَمْلِكِ الأجِيرُ الفَسْخَ ؛ لأنَّ الإخْلالَ بالشَّرْطِ منه ، فلا يكونُ ذلك وَسِيلَةً له إلى الفَسْخِ ، كما لو تَعَذَّرَ أَدَاءُ المُسْلَمِ فيه فى وَقْتِه ، لم يَمْلِكِ المُسْلَمُ إليه الفَسْخَ ، ويَمْلِكهُ المُسْلِمُ . فإن اخْتارَ إمْضَاءَ العَقْدِ ، طَالَبَهُ بالعَمَلِ لا غيرُ ، كالمُسْلِمِ[١٥] إذا صَبَرَ عند تَعَذُّرِ المُسْلَمِ فيه إلى حينِ وُجُودِه . لم يكُنْ له أكْثَرُ من المُسْلَمِ فيه . وإن فَسَخَ العَقْدَ قبلَ عَمَلِ شىءٍ من العَمَلِ ، سَقَطَ الأجْرُ والعَمَلُ . وإن كان بَعدَ عَمَلِ شىءٍ منه ، فله أجْرُ مِثْلِه ؛ لأنَّ العَقْدَ قد انْفَسَخَ ، فسَقَطَ المُسَمَّى ، ورَجَعَ إلى أجْرِ المِثْلِ .

فصل : ومن اكْتَرَى دَابَّةً إلى العِشَاءِ ، فآخِرُ المُدَّةِ إلى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وقال أبو حنيفةَ ، وأبو ثَوْرٍ : آخِرُها زَوالُ الشَّمْسِ ؛ لأنَّ العِشَاءَ آخِرُ النَّهارِ ، وآخِرُ النَّهارِ النِّصْفُ الآخر من الزَّوَالِ ، ولذلك جاء فى حَدِيثِ ذِى اليَدَيْنِ ، عن أبى هُرَيْرةَ ، قال : صَلَّى بِنَا النَّبِىُّ ﷺ إحْدَى صَلاتَىِ العَشِىِّ يَعْنِى [١٦] الظُّهْرَ أو العَصْرَ [١٦] . هكذا تَفْسِيرُه . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ ٱلْعِشَاءِ ثَلَـٰثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ ﴾[١٧] يَعْنِى العَتَمَةَ . وقال النبىُّ ﷺ : « لَوْلَا أَنْ أَشُقَّ عَلَى أُمَّتِى لَأَخَّرْتُ ٱلْعِشَاءَ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ »[١٨] . وإنَّما تَعَلَّقَ الحُكْمُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ ، لأنَّ هذه

---

(١٤) فى ب : « يمنع » .

(١٥) فى الأصل : « وكالمسلم » .

(١٦ - ١٦) فى الأصل : « صلاة الظهر والعصر » .

وتقدم تخريج الحديث فى : ٤٠٤/٢ .

(١٧) سورة النور ٥٨ . ولم يرد فى ب ، م : ﴿ ثلـٰث عورات لكم ﴾ .

(١٨) تقدم تخريجه فى : ٤٢/٢ .

الصَّلَاةَ تُسَمَّى[١٩] العِشَاءَ الآخِرَةَ ، فدلَّ[٢٠] على أنَّ / الأُولَى المَغْرِبُ ، وهو فى العُرْفِ كذلك ، فوَجبَ أن يَتعلَّقَ الحُكْمُ به ؛ لأنَّ المُدَّةَ إذا جُعِلَتْ إلى وَقْتٍ تَعلَّقَتْ بأوَّلِه ، كما لو جعَلَها إلى اللَّيْلِ . وما ذكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ لَفْظَ العَشِيِّ غيرُ لَفْظِ العِشَاءِ ، فلا يَجوزُ الاحْتِجاجُ بأحَدِهما على الآخَرِ ، حتى يَقُومَ دَلِيلٌ على أنَّ مَعْنَى اللَّفْظَيْنِ واحدٌ . ثم لو ثَبتَ أنَّ مَعْناهُما واحدٌ ، غيرَ أنَّ أهْلَ العُرْفِ لا يَعْرِفُونَه ، فلا يَتعلَّقُ به حُكْمٌ . وكذلك الحُكْمُ فيما إذا اكْتَراها إلى العَشِيِّ ؛ لأنَّ أهْلَ العُرْفِ لا يَعْرِفُونَ غيرَ ما ذَكَرْناه . وإن اكْتَراها إلى اللَّيْلِ ، فهو إلى أوَّلِه ، وكذلك إن اكْتَراها إلى النَّهارِ ، فهو إلى أوَّلِه . ويَتخَرَّجُ أن يَدْخُلَ اللَّيْلُ فى المُدّةِ الأُولَى ، والنَّهارُ فى الثانيةِ ؛ لما ذَكَرْناه فى [٢١]مُدّةِ الخِيارِ[٢١] ، والأوَّلُ أصَحُّ . وإن اكْتَراها نَهارًا فهو إلى غُرُوبِ الشَّمْسِ . وإن اكْتَراها لَيْلةً ، فهى إلى طُلُوعِ الفَجْرِ ، فى قول الجَمِيعِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال فى لَيْلَةِ القَدْرِ : ﴿ سَلَامٌ هِيَ حَتَّى مَطْلَعِ ٱلْفَجْرِ ﴾[٢٢] . وقال تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ﴾ ثم قال : ﴿ فَٱلْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُواْ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ وَكُلُواْ وَٱشْرَبُواْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱللَّيْلِ ﴾[٢٣] .

فصل : وإن اكْتَرَى فُسْطَاطًا إلى مَكَّةَ ، ولم يَقُلْ متى أَخْرُجُ[٢٤] ، فالكِرَاءُ فاسِدٌ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وهو قِيَاسُ قولِ الشافِعِيِّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : يجوزُ اسْتِحْسانًا ،

= ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، فى : باب وقت العشاء وتأخيرها ، من كتاب المساجد ومواضع الصلاة . صحيح مسلم ١/٤٤٢ .

(١٩) فى ب زيادة : « بصلاة » .

(٢٠) فى الأصل ، ب : « فيدل » .

(٢١ – ٢١) فى الأصل : « هذه الأخبار » .

(٢٢) سورة القدر ٥ .

(٢٣) سورة البقرة ١٨٧ .

(٢٤) سقط من : الأصل .

بخِلَافِ القِيَاسِ . ولَنا ، أنَّها مُدَّةٌ غيرُ مَعْلُومةِ الابْتِداءِ ، فلم يَجزْ ، كما لو[25] قال : أَجَرْتُكَ دَارِى من حينَ يَخْرُجُ[26] الحاجُّ إلى آخِرِ السَّنةِ . وقد اعْتَرفُوا بمُخَالَفتِه لِلدَّلِيلِ ، وما ادَّعَوْهُ دَلِيلًا لا نُسَلِّمُ كونَه دَلِيلًا .

فصل : الحكم الثالث ، أنَّه يُشْتَرَطُ فى عِوَضِ الإِجارَةِ كونُه مَعْلُومًا . لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلَافًا ؛ وذلك لأنَّه عِوَضٌ فى عَقْدِ مُعَاوَضةٍ ، فوَجَبَ أن يكونَ مَعْلُومًا ، كالثَّمنِ فى البَيْعِ ، وقد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا ، فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ »[27] . ويُعْتَبَرُ العِلْمُ بالرُّؤْيةِ أو بالصِّفَةِ كالبَيْعِ سواءً . فإن كان العِوَضُ مَعْلُومًا بالمُشَاهَدةِ دونَ القَدْرِ ، كالصُّبْرَةِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ، أشْبَهُهُما الجَوازُ ؛ لأنَّه عِوَضٌ مَعْلُومٌ يجوزُ به البَيْعُ ، فجازَتْ به الإِجارَةُ ، كما لو عَلِمَ قَدْرَه . والثانى : لا يجوزُ ؛ لأنَّه قد يَنْفَسِخُ العَقْدُ بعدَ تَلَفِ الصُّبْرةِ ، فلا يَدْرِى بكم يَرْجِعُ ، فاشْتُرِطَ مَعْرِفَةُ قَدْرِه كَعِوَضِ المُسْلَمِ فيه . والأَوَّلُ أَوْلَى . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ العِلْمَ بالقَدْرِ فى عِوَضِ السَّلَمِ ليس بشَرْطٍ ، ثم الفَرْقُ بينهما أنَّ المَنْفَعةَ هـٰهُنا أُجْرِيَتْ مُجْرَى الأَعْيانِ ؛/ لأنَّها مُتَعَلِّقةٌ بعَيْنٍ حاضِرَةٍ ، والسَّلَمُ يَتَعَلَّقُ بمَعْدُومٍ ، فافْتَرَقَا ، وللشّافِعِىِّ نحْوٌ ممّا ذَكَرْنا فى هذا الفَصْلِ .

٨٣/٥ و

فصل : وكُلُّ ما جازَ ثَمَنًا فى البَيْعِ ، جازَ عِوَضًا فى الإِجَارَةِ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضةٍ أشْبَه البَيْعَ . فعلى هذا يجوزُ أن يكونَ العِوَضُ عَيْنًا ومَنْفَعةً أُخْرَى ، سواءٌ كان الجِنْسُ واحِدًا ، كمَنْفَعةِ دارٍ بمَنْفَعةِ[28] أُخْرَى ، أو مُخْتَلِفًا ، كمَنْفَعةِ دارٍ بمَنْفَعةِ عَبْدٍ ، قال

---

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) أخرجه النسائى ، فى : باب الثالث من الشروط فيه المزارعة والوثائق ، من كتاب المزارعة . المجتبى ٢٩/٧ موقوفا على أبى سعيد . والبيهقى ، فى : باب لا يجوز الإجارة حتى تكون معلومة ... ، من كتاب الإجارة . سنن البيهقى ١٢٠/٦ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٣٠٣/٦ .

(٢٨) فى ب زيادة : « دار » .

أحمدُ : لا بَأْسَ أن يَكْتَرِىَ بطَعَامٍ مَوْصُوفٍ مَعْلُومٍ . وبهذا كلِّه قال الشافِعِىُّ ، قال الله تعالى إخْبارًا عن شُعَيْبٍ ، أنَّه قال : ﴿ إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ ﴾ فجَعَل النِّكَاحَ عِوَضَ الإجَارَةِ . وقال أبو حنيفةَ ؛ فيما حُكِىَ عنه : لا تجوزُ إجَارَةُ دارٍ بسُكْنَى أُخْرَى ، ولا يَجُوزُ إلَّا[29] أن يَخْتَلِفَ جِنْسُ المَنْفَعةِ ، كسُكْنَى دارٍ بمَنْفَعةِ بَهِيمةٍ ؛ لأنَّ الجِنْسَ الواحدَ عنده يُحَرِّمُ النَّسَاءَ . وكَرِهَ الثَّوْرِىُّ الإجَارةَ بِطَعَامٍ مَوْصوفٍ . والصَّحِيحُ جَوَازُه ، وهو قول إسحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْى ، وقِيَاسُ قولِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه عِوَضٌ يجوزُ فى البَيْعِ ، فجازَ فى الإجَارَةِ ، كالذَّهَبِ والفِضَّةِ . وما قاله أبو حنيفةَ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المنافِعَ فى الإجَارَةِ ليست فى تَقْدِيرِ النَّسِيئَةِ ، ولو كانت نَسِيئَةً ما جازَ فى جِنْسَيْنِ ؛ لأنَّه يكونُ بَيْعَ دَيْنٍ بَدَيْنٍ .

فصل : ولو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَسْلُخَ له بَهِيمَةً بجِلْدِها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يعْلَمُ هل يَخْرُجُ الجِلْدُ سَلِيمًا أو لا ، وهل هو ثَخِينٌ أو رَقِيقٌ ، ولأنَّه لا يجوزُ أن يكونَ ثمَنًا فى البَيْعِ ، فلا يجوزُ أن يكونَ عِوَضًا فى الإجَارَةِ ، كسائِرِ المَجْهُولاتِ . فإن سَلَخَه بذلك ، فله أجْرُ مِثْلِه . وإن اسْتَأْجَرَه لِطَرْحِ مَيْتةٍ بِجِلْدِها ، فهو أبْلَغُ فى الفَسَادِ ؛ لأنَّ جِلْدَ المَيْتةِ نَجِسٌ لا يجوزُ بَيْعُه ، وقد خَرَجَ بمَوْتِه عن كَوْنِه مِلْكًا . وإن فَعَلَ ، فله أجْرُ مِثْلِه أيضا .

فصل : ولو اسْتَأْجَرَ رَاعِيًا لِغَنَمٍ بثُلُثِ دَرِّهَا ونَسْلِها وصُوفِها وشَعْرِها ، أو نِصْفِه ، أو جَمِيعِه ، لم يَجُزْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ جعفرِ بن محمدٍ النَّسَائِىِّ[30] ؛ لأنَّ الأجْرَ غيرُ مَعْلُومٍ ، ولا يَصْلُحُ عِوَضًا فى البَيْعِ . وقال إسماعِيلُ بن سَعِيدٍ : سَأَلْتُ أحمدَ عن الرَّجُلِ يَدْفَعُ البَقَرةَ إلى الرَّجُلِ ، على أن يَعْلِفَها ويَتَحَفَّظَها[31] ، وما وَلَدَتْ من وَلَدٍ

---

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) جعفر بن محمد النسائى ، روى عن الإمام أحمد أجزاء صالحة ، ومسائل كثيرة ، وقتل بمكة ، فى شىء من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر . طبقات الحنابلة ١/ ١٢٤ .

(٣١) فى الأصل : « ويحفظها » .

بينهما . فقال : أكْرَهُ ذلك . وبه قال أبو[32] أيُّوبَ ، وأبو خَيْثَمَةَ[33] . ولا أعْلَمُ فيه مُخَالِفًا ؛ وذلك لأنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ مَعْدُومٌ ، ولا يَدْرِى أيُوجَدُ أم لا ، والأصْلُ عَدَمُه ، ولا يَصِحُّ أن يكونَ ثَمَنًا . فإن قيل : فقد جَوَّزْتُم دَفْعَ الدَّابَّةِ إلى مَن يَعْمَلُ / عليها بِنِصْفِ رِبْحِها . قُلْنا : إنَّما جازَ ثَمَّ تَشْبِيهًا بالمُضَارَبةِ ؛ لأنَّها عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ ، فجازَ اشْتِرَاطُ جُزْءٍ من النَّماءِ ، [34]والمُساقَاةُ كالمُضَارَبةِ ، وفى مَسْأَلَتِنا لا يُمْكِنُ ذلك ؛ لأنَّ النَّماءَ[34] الحاصِلَ فى الغَنَمِ لا يَقِفُ حُصُولُه على عَمَلِه فيها ، فلم يُمْكِنْ إلْحاقُه بذلك . وإن اسْتَأْجَرَه على رِعَايَتِها مُدَّةً مَعْلُومةً ، بِنِصْفِها ، أو جُزْءٍ مَعْلُومٍ[32] منها ، صَحَّ ؛ لأنَّ العَمَلَ والأجْرَ والمُدَّةَ مَعْلُومٌ ، فصَحَّ ، كما لو[35] جَعَلَ الأجْرَ دَرَاهِمَ ، ويكونُ النَّماءُ الحاصِلُ بينهما بِحُكْمِ المِلْكِ ، لأنَّه مَلَكَ الجُزْءَ المَجْعُولَ له منها فى الحالِ ، فيكونُ له نَماؤُه ، كما لو اشْتَرَاه .

٨٣/٥ ظ

فصل : الحكم الرابع ، أنَّ الإجَارَةَ إذا تَمَّتْ ، وكانت على مُدَّةٍ ، مَلَكَ المُسْتَأْجِرُ المَنافِعَ المَعْقُودَ عليها إلى المُدَّةِ ، ويكونُ حُدُوثُها على مِلْكِه . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : تَحْدُثُ على مِلْكِ المُؤْجِرِ ، ولا يَمْلِكُها المُسْتَأْجِرُ بالعَقْدِ ؛ لأنَّها مَعْدُومةٌ ، فلا تكونُ مَمْلُوكَةً ، كالثَّمرةِ والوَلَدِ . ولَنا ، أنَّ المِلْكَ عِبَارَةٌ عن حُكْمٍ يَحْصُلُ به تَصَرُّفٌ مَخْصُوصٌ ، وقد ثَبَتَ أنَّ هذه المَنْفَعةَ المُسْتَقْبَلَةَ كان مالِكُ العَيْنِ يَتَصَرَّفُ فيها كتَصَرُّفِه فى العَيْنِ ، فلما أجَرَها صارَ المُسْتَأْجِرُ مالِكًا لِلتَّصَرُّفِ فيها ، كما كان يَمْلِكُه المُؤْجِرُ ، فثَبَتَ أنَّها كانت مَمْلُوكةً لمالِكِ العَيْنِ ، ثم انْتَقَلَتْ إلى المُسْتَأْجِرِ ، بخِلَافِ الوَلَدِ والثَّمرةِ ، فإنَّ المُسْتَأْجِرَ لا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فيها . وقولُهم : إنَّ المَنافِعَ

---

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) فى الأصل : « وأبو حنيفة » .

(٣٤ - ٣٤) سقط من : الأصل . وسقط من ب قوله : « والمساقاة » .

(٣٥) سقط من : م .

مَعْدُومةً . قُلْنا : هى مُقَدَّرَةُ الوُجودِ ؛ لأنَّها جُعِلَتْ مَوْرِدًا لِلْعَقْدِ ، والعَقْدُ لا يَرِدُ إلَّا على مَوْجُودٍ .

فصل : الحكم الخامس ، أنَّ المُؤْجِرَ يَمْلِكُ الأُجْرَةَ بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، إذا أُطْلِقَ و لم يَشْتَرِط المُسْتَأْجِرُ أجَلًا ، كما يَمْلِكُ البائِعُ الثَّمنَ بالبَيْعِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ : لا يَملِكُها بالعَقْدِ ، فلا يَسْتَحِقُّ المُطَالَبَةَ بها إلَّا يَوْمًا بيومٍ ، إلَّا أن يَشْتَرِطَ تَعْجِيلَها . قال أبو حنيفةَ : إلَّا أن تكون مُعَيَّنَةً ، كالثَّوْبِ والعَبْدِ والدَّارِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[36] . فأمَرَ بإيتائِهِنَّ بعدَ الإِرْضَاعِ[37] ، وقال النبىُّ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ أنَا خَصْمُهُم يَوْمَ القِيَامَةِ ، رَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ »[38] . فتَوَعَّدَ على الامْتِناعِ من دَفْعِ الأَجْرِ بعدَ العَمَلِ . دَلَّ[39] على أنَّها حالَةُ الوُجُوبِ . ورُوِىَ عنه عليه السَّلامُ أنَّه قال : « أَعْطُوا ٱلْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ » . رَوَاهُ ابنُ ماجَه[40] ، ولأنَّه عِوَضٌ لم يَمْلِكْ مُعَوَّضَه ، فلم يَجِبْ تَسْلِيمُه ، كالعِوَضِ فى العَقْدِ الفاسِدِ ، فإنَّ المَنافِعَ مَعْدُومةٌ لم تُمْلَكْ ، ولو مُلِكَتْ فلم يَتَسلَّمْها ، لأنَّه يَتَسَلَّمُها شَيْئًا فشَيْئًا . فلا يَجِبُ عليه العِوَضُ مع تَعَذُّرِ التَّسْلِيمِ فى العَقْدِ . ولَنا ، أنَّه عِوَضٌ أُطْلِقَ ذِكْرُه فى عَقْدِ مُعَاوَضةٍ ، فيُسْتَحَقُّ بمُطْلَقِ العَقْدِ ، كالثَّمنِ والصَّدَاقِ . أو نَقُولُ : عِوَض فى عَقْدٍ / يُتَعَجَّلُ بالشَّرْطِ ، فوَجَبَ أن يُتَعَجَّلَ بمُطْلَقِ العَقْدِ ، كالذى ذَكَرْنا[41] . فأمَّا الآيةُ فيحْتَمِلُ أنَّه أرادَ الإِيتاءَ عند الشُّرُوعِ فى الإِرْضاعِ[42] ، أو تَسْلِيمِ نَفْسِها ، كما قال تعالى : ﴿ فَإِذَا

٨٤/٥ و

---

(٣٦) سورة الطلاق ٦ .
(٣٧) فى ب ، م : « الارتضاع » .
(٣٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٦ .
(٣٩) فى م : « فدل » .
(٤٠) فى : باب أجر الأجراء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .
(٤١) فى الأصل : « ذكره » .
(٤٢) فى م : « الرضاع » .

قَرَأْتَ ٱلْقُرْآنَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللهِ مِنَ ٱلشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾[٤٣] . أى إذا أَرَدْتَ القِرَاءةَ . ولأنَّ هذا تَمَسُّكٌ بِدَلِيلِ الخِطَابِ ، ولا يَقُولُون به ، وكذلك الحَدِيثُ ، يُحقِّقُه أنَّ الأمْرَ بالإِيتَاءِ فى وَقْتٍ لا يَمْنَعُ وُجُوبَه قبله ، كقَوْلِه : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[٤٤] . والصَّدَاقُ يَجِبُ قبل الاسْتِمْتاعِ ، وهذا هو الجَوَابُ عن الحَدِيثِ ، ويَدُلُّ عليه أنَّه إنَّما تَوَعَّدَ على تَرْكِ الإِيفَاءِ[٤٥] بعدَ الفَرَاغِ من العَمَلِ ، وقد قُلْتُم : يَجِبُ الأَجْرُ شَيْئًا فشَيْئًا . ويَحْتَمِلُ أنَّه تَوَعَّدَه على تَرْكِ الإِيفاءِ[٤٥] فى الوَقْتِ الذى تَتَوَجَّهُ المُطَالَبةُ فيه عادَةً . جَوابٌ آخَرُ ، أنَّ الآيَةَ والأخْبارَ إنَّما وَرَدَتْ فى مَن اسْتُؤْجِرَ على عَمَلٍ ، فأمَّا ما وَقَعَتِ الإِجَارَةُ فيه على مُدَّةٍ ، فلا تَعَرُّضَ[٤٦] لها به ، وأمَّا إذا كانت الإِجارَةُ على عَمَلٍ ، فإنَّ الأَجْرَ يُمْلَكُ بالعَقْدِ أيضا ، لكنْ لا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُه إلَّا عند تَسْلِيمِ العَمَلِ . قال ابنُ أبى موسى : مَن اسْتُؤْجِرَ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، اسْتَحَقَّ الأَجْرَ عندَ إيفَاءِ العَمَلِ ، وإن اسْتُؤْجِرَ فى كل يوم بأَجْرٍ مَعْلُومٍ ، فله أَجْرُ كلِّ يومٍ عندَ تَمامِه . وقال أبو الخَطَّابِ : الأَجْرُ يُمْلَكُ بالعَقْدِ ، ويُسْتَحَقُّ بالتَّسْلِيمِ ، ويَسْتَقِرُّ بمُضِىِّ المُدَّةِ ، وإنَّما تَوَقَّفَ اسْتِحْقاقُ تَسْلِيمِه على العَمَلِ ؛ لأنَّه عِوَضٌ ، فلا يُسْتَحَقُّ تَسْلِيمُه إلَّا مع تَسْلِيمِ المُعَوَّضِ ، كالصَّدَاقِ والثمَنِ فى المَبِيعِ ، وفارَقَ الإِجارَةَ على الأَعْيانِ ؛ لأنَّ تَسْلِيمَها جَرَى[٤٧] مَجْرَى تَسْلِيمِ نَفْعِها ، ومتى كان[٤٨] على مَنْفَعةٍ فى الذِّمَّةِ ، لم يَحْصُلْ تَسْلِيمُ المَنْفَعةِ ، ولا ما يقُومُ مَقامَها[٤٩] ، فَتَوقَّفَ[٥٠] اسْتِحْقاقُ تَسْلِيمِ الأَجْرِ على تَسْلِيمِ العَمَلِ . وقولُهم : لم يَمْلِك المَنَافِعَ . قد سَبَقَ الجَوَابُ عنه . فإن قِيلَ :

---

(٤٣) سورة النحل ٩٨ .

(٤٤) سورة النساء ٢٤ .

(٤٥ – ٤٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٤٦) فى الأصل : « يتعرض » .

(٤٧) فى الأصل : « أجرى » .

(٤٨) فى الأصل : « كانت » .

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠) فى الأصل : « فيتوقف » .

فإنَّ المُؤْجِرَ إذا قَبَضَ الأجْرَ ، انْتَفَعَ به كلِّه ، بخِلَافِ المُسْتَأْجِرِ ، فإنَّه لا يَحْصُلُ له اسْتِيفَاءُ المَنْفَعةِ كلِّها . قلْنا : لا يَمْتَنِعُ هذا ، كما لو شَرَطَا[٥١] التَّعْجِيلَ ، أو كان الثمَنُ عَيْنًا .

فصل : الحكم السادس ، أنَّه إذا شَرَطَ تَأْجِيلَ الأجْرِ ، فهو إلى أجَلِه ، وإن شَرَطَه مُنَجَّمًا يومًا يومًا ، أو شَهْرًا شَهْرًا ، أو أقَلَّ من ذلك أو أكثَرَ ، فهو على ما اتَّفَقَا عليه ؛ لأنَّ إجَارةَ العَيْنِ كَبَيْعِها ، وبَيْعُها يَصِحُّ بثَمَنٍ حالٍّ أو مُؤَجَّلٍ ، فكذلك إجَارَتُها .

فصل : وإذا استَوْفَى المُسْتَأْجِرُ المَنَافِعَ ، اسْتَقَرَّ الأجْرُ ؛ لأنَّه قَبَضَ المَعْقُودَ عليه ، فاسْتَقَرَّ عليه البَدَلُ ، كما لو قَبَضَ المَبِيعَ . وإن سُلِّمَتْ إليه العَيْنُ التى وَقَعَتِ الإجَارَةُ عليها / ، ومَضَتِ المُدَّةُ ، ولا حاجِزَ له عن الانْتِفاعِ ، اسْتَقَرَّ الأجْرُ وإن لم يَنْتَفِعْ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه تَلِفَ تحتَ يَدِه ، وهى حَقُّه ، فاسْتَقَرَّ عليه بَدَلُها ، كثَمَنِ المَبِيعِ إذا تَلِفَ فى يَدِ المُشْتَرِى. وإن كانت الإجَارَةُ على عَمَلٍ ، فتَسَلَّمَ المَعْقُودَ عليه ، ومَضَتْ مدَّةٌ يُمْكِنُ اسْتِيفاءُ المَنْفَعةِ فيها ، مثل أن يَكْتَرِىَ دَابّةً لِيَرْكَبَها إلى حِمْصَ ، فقَبَضَها ، ومَضَتْ مُدّةٌ يُمْكِنُ رُكُوبُها فيها ، فقال أصْحَابُنا : يَسْتَقِرُّ عليه الأجْرُ . وهو مذهبُ الشّافِعِىِّ ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَلِفَتْ تحتَ يَدِه باخْتِيارِه ، فاسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عليه ، كما لو تَلِفَتِ العَيْنُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، وكما لو كانت الإجَارَةُ على مُدَّةٍ فمَضَتْ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَسْتَقِرُّ الأجْرُ عليه حتى يَسْتَوْفِىَ المَنْفَعةَ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعةٍ غير مُؤَقَّتَةٍ بزَمَنٍ ، فلم يَسْتَقِرّ بَدَلُها[٥٢] قبلَ اسْتِيفَائِها ، كالأجْرِ للأجِيرِ[٥٣] المُشْتَرِكِ . فإن بَذَلَ تَسْلِيمَ العَيْنِ ، فلم يَأْخُذْها المُسْتَأْجِرُ حتى انْقَضَتِ المُدّةُ . اسْتَقَرَّ الأجْرُ عليه ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَلِفَتْ باخْتِيارِه فى مُدَّةِ الإجَارَةِ ، فاسْتَقَرَّ عليه الأجْرُ ، كما لو كانت فى يَدِه . وإن بَذَلَ تَسْلِيمَ العَيْنِ ، وكانت الإجَارَةُ على عَمَلٍ ، فقال أصْحَابُنا : إذا مَضَتْ مُدَّةٌ يُمْكِنُ

٥/٨٤ ظ

---

(٥١) فى الأصل : « شرط » .
(٥٢) فى الأصل زيادة : « كما لو » .
(٥٣) فى الأصل : « فى الأجير » .

الاسْتِيفَاءُ فيها ، استَقرَّ عليه الأجْرُ . وبهذا قال الشافِعِيُّ ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَلِفَتْ باخْتِيَارِه . وقال أبو حنِيفةَ : لا أجْرَ عليه . وهو أصَحُّ عِنْدِى ؛ لأنَّه عَقْدٌ على ما فى الذِّمَّةِ ، فلم يَسْتَقِرَّ عِوَضُه ببَذْلِ التَّسْلِيمِ ، كالمُسْلَمِ فيه ، ولأنَّه عَقْدٌ على مَنْفعةٍ غير مُؤَقَّتةٍ بزَمَنٍ ، فلم يَسْتَقِرَّ عِوَضُها بالبَذْلِ ، كالصَّدَاقِ إذا بَذَلَتْ تَسْلِيمَ نَفْسِها وامْتَنَعَ الزَّوْجُ مِن أخْذِها . وإن كان هذا فى إجَارَةٍ فاسِدَةٍ ، ففيما إذا عَرَضَها على المُسْتَأْجِرِ فلم يَأْخُذْها لا أجْرَ عليه ؛ لأنَّها لم تَتْلَفْ تحتَ يَدِه ، ولا فى مِلْكِه . وإن قَبَضَها ، ومَضَتِ المُدَّةُ ، أو مُدَّةٌ يُمْكِنُ[٥٤] استِيفاءُ المَنْفَعةِ فيها أو لا يُمْكِنُ ، فعن أحمدَ رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، عليه أجْرُ المِثْلِ لِمُدّةِ بَقَائِها فى يَدِه ، وهو قولُ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّ المَنافِعَ تَلِفَتْ تحت يَدِه بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فرَجَعَ إلى قِيمَتِها ، كما لو اسْتَوْفَاها . والثانية ، لا شىءَ له . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه عَقْدٌ فاسِدٌ على مَنافِعَ لم يَسْتَوْفِها ، فلم يَلْزَمْهُ عِوَضُها ، كالنِّكَاحِ الفاسِدِ ، وإن اسْتَوْفَى المَنْفَعةَ فى العَقْدِ الفاسِدِ ، فعليه أجْرُ المِثْلِ . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَجِبُ أقَلُّ الأمْرَيْنِ ، من المُسَمَّى أو أجْرِ المِثْلِ ، بِناءً منه على أنَّ المَنافِعَ لا تُضْمَنُ إلَّا بالعَقْدِ . ولَنا ، أنَّ ما ضُمِنَ بالمُسَمَّى فى العَقْدِ / الصَّحِيحِ ، وَجَبَ ضَمَانُه بِجَمِيعِ القِيمَةِ فى الفاسِدِ ، كالأعْيانِ . وما ذَكَره لا نُسَلِّمُهُ . والله أعلم .

٥/٨٥ و

٨٩٢ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا وَقَعَتِ الْإجَارَةُ عَلَى كُلِّ شَهْرٍ بِشَىْءٍ مَعْلُومٍ ، لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ ، إلَّا عِنْدَ تَقَضِّى كُلِّ شَهْرٍ)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا قال : أجَرْتُكَ هذا كلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ . فاخْتَلَفَ أصْحَابُنا ، فذَهَبَ القاضى إلى أنَّ الإجَارَةَ صَحِيحَةٌ . وهو المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فى رِوَايةِ ابن منصورٍ ، واخْتِيَارُ الخِرَقِىِّ ، إلَّا أنَّ الشَّهْرَ الأولَ تَلْزَمُ الإجَارَةُ فيه بإطْلَاقِ العَقْدِ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ يَلِى العَقْدَ ، وله أجْرٌ مَعْلُومٌ ، وما بعدَه من الشُّهُورِ يَلْزَمُ العَقْدُ فيه بالتَّلَبُّسِ

---

(٥٤) سقط من : الأصل .

به[1] ، وهو السُّكْنَى فى الدّارِ إن كانت الإجَارَةُ على دَارٍ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ حالَ العَقْدِ ، فإذا تَلَبَّسَ به ، تَعَيَّنَ بالدُّخولِ فيه ، فصَحَّ بالعَقْدِ الأوَّلِ ، وإن لم يَتَلَبَّسْ به ، أو فَسَخَ العَقْدَ عندَ انْقِضَاءِ الأولِ ، انْفَسَخَ . وكذلك حُكْمُ كلِّ شَهْرٍ يأتى[2] . وهذا مذهبُ أبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن مالِكٍ نحوُ هذا ، إلَّا أنَّ الإجَارَةَ لا تكونُ لازِمَةً عندَه ؛ لأنَّ المَنافِعَ مُتَقَدِّرَةٌ بِتَقْدِيرِ الأجْرِ ، فلا يحْتَاجُ إلى ذِكْرِ المُدّةِ إلَّا فى اللُّزومِ . واخْتارَ أبو بكرٍ عبدُ العزيز بن جعفرٍ ، وأبو عبدِ اللهِ ابن حامِدٍ ، أنَّ العَقْدَ باطِلٌ . وهو قول الثَّورِىِّ ، والصَّحِيحُ من قَوْلَىِ الشَّافِعِىِّ ؛ لأنَّ كلَّ اسْمٍ لِلْعَدَدِ ، فإذا لم يُقَدِّرْهُ كان مُبْهَمًا[3] مَجْهُولًا ، فيكونُ فاسِدًا ، كما لو قال : أجَرْتُكَ مُدَّةً أو شَهْرًا[4] . وحَمَلَ أبو بكرٍ وابنُ حامدٍ كلامَ أحمدَ فى هذا على أنَّ الإجارَةَ وَقَعَتْ على أشْهُرٍ[5] مُعَيَّنةٍ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أن عَلِيًّا رَضِىَ اللهُ عنه ، اسْتَقَى لِرَجُلٍ من اليَهُودِ كلَّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ ، وجاءَ به إلى النبىِّ ﷺ فأَكَلَ[6] منه . قال عَلِىٌّ : كنتُ أدْلُو الدَّلْوَ بتَمْرَةٍ وأشْتَرِطُها جَلْدَةً . وعن رجلٍ من الأنْصارِ أنَّه قال لِيَهُودِىٍّ : أسْقِى نَخْلَكَ ؟ قال : نعم ، كلُّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ . واشْتَرَطَ الأنْصارِىُّ أن لا يأْخُذَها خَدِرَةً[7] ولا تَارِزَةً[8] ولا حَشَفَةً[9] ، ولا يَأْخُذَ إلَّا جَلْدَةً . فاسْتَقَى بنحوٍ من صَاعَيْنِ ، فجاءَ به إلى النبىِّ ﷺ . رَوَاهُما ابنُ مَاجَه فى « سُنَنِه »[10] . وهو نَظِيرُ مَسْأَلَتِنا . ولأنَّ شُرُوعَه فى كلِّ شَهْرٍ ، مع ما تَقَدَّمَ فى العَقْدِ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « أتى » .

(٣) فى الأصل : « فيها » .

(٤) فى الأصل : « أشهرا » .

(٥) فى الأصل زيادة : « معلومة » .

(٦) فى ب ، م : « يأكل » .

(٧) الخدرة : التى تقع من النخل قبل نضجها .

(٨) التارزة : اليابسة .

(٩) الحشف : أردأ التمر .

(١٠) الأول تقدم تخريجه فى : ٢٠٨/٦ .
والثانى أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الرجل يستقى كل دلو بتمرة ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٨/٢ .

من الاتِّفاقِ على تَقْدِيرِ أجْرِه ، والرِّضَى بِبَذْلِه به ، جَرَى مَجْرَى ابْتِدَاءِ العَقْدِ عليه ، وصارَ كالبَيْعِ بالمُعاطَاةِ ، إذا جَرَى من المُسَاوَمَةِ ما دَلَّ على التَّراضِى بها . فعلى هذا ، متى تَرَكَ التَّلَبُّسَ به فى شَهْرٍ ، لم تَثبُتِ الإِجَارَةُ فيه ؛ لِعَدَمِ العَقْدِ . وإن فَسَخَ ، فكذلك ، وليس بِفَسْخٍ فى الحَقِيقَةِ / ؛ لأنَّ العَقْدَ فى الشَّهْرِ الثانى ما ثَبَتَ[11] . فأمَّا أبو حنِيفةَ ، فذَهَبَ إلى أنَّهما إذا تَلَبَّسَا بالشَّهْرِ الثانى ، فقد اتَّصَلَ القَبْضُ بالعَقْدِ الفاسِدِ . وهو عُذْرٌ غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ العَقْدَ الفاسِدَ فى الأعْيانِ لا يَلزَمُ بالقَبْضِ ، ولا يُضْمَنُ بالمُسَمَّى ، ثم لم يَحْصُلِ القَبْضُ هٰهُنا إلَّا فيما اسْتَوْفاه . وقولُ مالكٍ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الإِجَارَةَ من العُقُودِ اللَّازِمَةِ ، فلا يجوزُ أن تكونَ جائِزَةً .

٨٥/٥ ظ

فصل : إذا قال : أجَرْتُكَ دَارِى عِشْرِينَ شَهْرًا ، كلَّ شَهْرٍ بدِرْهَمٍ . جازَ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ المُدَّةَ مَعْلُومةٌ ، وأجْرَها مَعْلُومٌ ، وليس لواحِدٍ منهما فَسْخٌ بحالٍ ؛ لأنَّها مُدَّةٌ واحِدةٌ ، فأشْبَهَ ما لو قال : آجَرْتُكَ عِشْرِينَ شَهْرًا ، بِعِشْرِينَ دِرْهَمًا . وإن قال : أجَرْتُكَها شَهْرًا بِدِرْهَمٍ ، وما زادَ فبِحِسَابِ ذلك . صَحَّ فى الشَّهْرِ الأوَّلِ ، لأنَّه أفْرَدَهُ بالعَقْدِ ، وبَطَلَ فى الزّائِدِ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ . ويحتمل أن يَصِحَّ فى كلِّ شَهْرٍ تَلَبَّسَ به ، كما لو قال : أجَرْتُكَها كلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ . [12]لأنَّ مَعْنَاهُما واحدٌ . ولو قال : أجَرْتُكَها هذا الشَّهْرَ بِدِرْهَمٍ[12] . وكلَّ شَهْرٍ بعدَ ذلك بِدِرْهَمٍ . أو قال : بِدِرْهَمَيْنِ . صَحَّ فى الأوَّلِ ، وفيما بعدَه وَجْهانِ .

فصل : والإِجَارَةُ عَقْدٌ لازِمٌ من الطَّرَفَيْنِ ، ليس لواحِدٍ منهما فَسْخُها . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى ؛ وذلك لأنَّها عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فكان لازِمًا ، كالبَيْعِ ، ولأنَّها نَوْعٌ من البَيْعِ ، وإنَّما اخْتَصَّتْ باسْمٍ كما اخْتَصَّ الصَّرْفُ والسَّلَمُ باسْمٍ ، وسواءٌ كان له عُذْرٌ أو لم يَكُنْ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ .

---

(١١) فى الأصل : « يثبت » .

(١٢ – ١٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

وقال أبو حنيفةَ ، وأصْحَابُه : يَجُوزُ لِلمُكْتَرِى فَسْخُها لِعُذْرٍ فى نَفْسِه ، مثل أن يَكْتَرِىَ جَمَلًا لِيَحُجَّ عليه ، فيَمْرَضَ ، فلا يَتَمَكَّنُ من الخُرُوجِ ، أو تَضِيعَ نَفَقَتُه ، أو يَكْتَرِىَ دُكّانًا لِلْبَزِّ ، فيَحْتَرِقَ مَتَاعُه ، وما أشْبَهَ هذا ؛ لأنَّ العُذْرَ يَتَعَذَّرُ معه اسْتِيفَاءُ المَنْفَعةِ المَعْقُودِ عليها ، فمَلَكَ به الفَسْخَ كما لو اسْتَأْجَرَ عَبْدًا فأَبَقَ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ لا يجوزُ فَسْخُه [13]مع اسْتِيفاءِ المَنْفَعةِ المَعْقُودِ عليها[13] لغيرِ عُذْرٍ ، فلم يَجُزْ لِعُذْرٍ فى غير المَعْقُودِ عليه ، كالبَيْعِ ، ولأنَّه لو جازَ فَسْخُه لِعُذْرِ المُكْتَرِى ، لَجازَ لِعُذْرِ المُكْرِى ، تَسْوِيةً بين المُتَعاقِدَيْنِ . ودَفْعًا لِلضَّرَرِ عن كلِّ[14] واحدٍ من العاقِدَيْنِ ، ولم يَجُزْ ثَمَّ ، فلا يَجوزُ هٰهُنا ، ويُفارِقُ الإباقَ ، فإنَّه عُذْرٌ فى المَعْقُودِ عليه .

٨٩٣ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا مُدَّةً بِعَيْنِها ، فبَدَا لَهُ قَبْلَ تَقَضِّيها ، فَقَدْ لَزِمَتْهُ الْأُجْرَةُ كامِلَةً**[1])

وجملتُه أنَّ الإجَارَةَ عَقْدٌ لازِمٌ ، يَقْتَضِى تَمْلِيكَ المُؤْجِرِ الأجْرَ ، والمُسْتَأْجِرِ المَنافِعَ ، فإذا فَسَخَ المُسْتَأْجِرُ / الإجارَةَ قبلَ انْقِضَاءِ مُدَّتِها ، وتَرَكَ الانْتِفاعَ اخْتِيارًا منه ، لم تَنْفَسِخِ الإجَارَةُ ، والأجْرُ لازِمٌ له ، ولم يَزُلْ مِلْكُه عن المَنافِعِ ، كما لو اشْتَرَى شَيْئًا وقَبَضَه ثم تَرَكَه . قال الأثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ الله : رَجُلٌ اكْتَرَى بَعِيرًا ، فلما قَدِمَ المَدِينةَ ، قال له : فاسِخْنِى . قال : ليس ذلك له ، قد لَزِمَهُ الكِرَاءُ . قلتُ : فإن مَرِضَ المُسْتَكْرِى بالمَدِينَةِ ؟ فلم يَجْعَلْ له فَسْخًا ؛ وذلك لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ من[2] الطَّرَفَيْنِ ، فلم يَمْلِكْ أحدُ المُتَعاقِدَيْنِ فَسْخَهُ . وإن فَسَخَه ، لم يَسْقُطِ العِوَضُ الواجِبُ عليه ، كالبَيْعِ .

٨٦/٥ و

فصل : ولا خِلَافَ بين أهْلِ العِلْمِ فى إبَاحَةِ إجَارَةِ العَقَارِ ، قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ

(١٣ ـ ١٣) سقط من : الأصل ، ب .
(١٤) سقط من : الأصل .
(١) سقط من : الأصل ، ب .
(٢) فى م : « بين » .

كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ اسْتِئْجارَ المَنازِلِ والدَّوابِّ جائِزٌ . ولا تَجُوزُ إجَارَتُها إلَّا فى مُدَّةٍ مُعَيَّنةٍ مَعْلُومةٍ ، ولابدَّ من مُشاهَدَتِه وتَحْدِيدِه ، فإنَّه لا يَصِيرُ مَعْلُومًا إلَّا بذلك ، ولا يَجُوزُ إطْلَاقُه ، ولا وَصْفُه . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو ثَوْرٍ : إذا ضُبِطَ بالصِّفَةِ ، أجْزَأَ . وقال أصْحابُ الرَّأْى : له خِيَارُ الرُّؤْيةِ ، كقَوْلِهم فى البَيْعِ . ويَتخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك بِناءً على البَيْعِ ، والخِلَافُ هٰهُنا مَبْنِىٌّ على الخِلَافِ فى البَيْعِ ، ولم يَكْتَفِ بالصِّفَةِ ؛ لأنَّه لا يَصِيرُ مَعْلُومًا إلَّا[3] بالرُّؤْيةِ ، كما لا يُعْلَمُ فى البَيْعِ إلَّا بذلك . فإن كان دَارًا أو حَمّامًا ، احْتاجَ إلى مُشاهَدَةِ البُيُوتِ ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ بِصِغَرِها وكِبَرِها ومَرَافِقِها ، ومُشاهَدَةِ قَدْرِ الحَمَّامِ لِيَعْلَمَ كِبَرَها من صِغَرِها ، ومَعْرِفَةِ ماءِ الحَمّامِ إمَّا من قَنَاةٍ أو مِن[4] بِئْرٍ ، فإن كان من بِئْرٍ احْتَاجَ إلى مُشاهَدَتِها ؛ لِيَعْلَمَ عُمْقَها ومُؤْنَةَ اسْتِسْقاءِ الماءِ منها ، ومُشاهَدَةِ الأتُونِ ، ومُطَّرَحِ الرَّمادِ ، ومَوْضِعِ الزِّبْلِ ، ومَصْرِفِ ماءِ الحَمَّامِ ، فمتى أخَلَّ بهذا أو بعضِه ، لم تَصِحَّ ؛ لِلْجَهالةِ بما يَخْتَلِفُ الغَرَضُ به .

فصل : وكَرِهَ أحمدُ كِرَاءَ الحَمّامِ . وسُئِلَ عن كِرَائِه ، فقال : أخْشَى . فقِيلَ له : إذا شَرَطَ على المُكْتَرِى أن لا يَدْخُلَه أحدٌ بغيرِ إزَارٍ . فقال : ومَن يَضْبِطُ هذا ؟ وكأنَّه لم يُعْجِبْه . قال ابنُ حامِدٍ : هذا على طَرِيقِ الكَرَاهةِ تَنْزِيهًا لا تَحْرِيمًا ؛ لأنَّه تَبْدُو فيه عَوْرَاتُ الناسِ ، فتَحْصُلُ الإجَارَةُ على فِعْلٍ مَحْظُورٍ ، فكَرِهَهُ لذلك ، فأما العَقْدُ فصَحِيحٌ . وهذا قول أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، أنَّ كِرَاءَ الحَمّامِ جائِزٌ ، إذا حَدَّدَه ، وذَكَرَ جَمِيعَ آلَتِه ، شُهُورًا مُسَمَّاةً . وهذا قولُ مالكٍ ، والشافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْى ؛ لأنَّ المُكْتَرِىَ إنَّما يَأْخُذُ الأجْرَ عِوَضًا عن دُخُولِ الحَمّامِ والاغْتِسَالِ بمائِه ، وأحْوالُ المُسْلِمِينَ

---

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب ، م .

مَحْمُولةٌ على السَّلَامةِ ، وإن وَقَعَ من بعضِهم فِعْلُ ما لا يجوزُ ، لم يَحْرُمِ الأَجْرُ المَأْخُوذُ منه ، كما لو اكْتَرَى دارًا لِيَسْكُنَها ، فشَرِبَ فيها خَمْرًا .

٨٩٤ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَتَصَرَّفُ مَالِكُ الْعَقَارِ فِيهِ إِلَّا عِنْدَ تَقَضِّى الْمُدَّةِ)

وجملتُه أنَّ المُسْتَأْجِرَ يَمْلِكُ المَنافِعَ بالعَقْدِ ، كما يَمْلِكُ المُشْتَرِى المَبِيعَ بالبَيْعِ ، ويَزُولُ مِلْكُ المُؤْجِرِ عنها ، كما يَزُولُ مِلْكُ البائِعِ عن المَبِيعِ ، (١) فلا يجوزُ له التَّصَرُّفُ فيها ؛ لأنَّها صارتْ مَمْلُوكةً لغيرِه ، كما لا يَمْلِكُ البائِعُ التَّصَرُّفَ فى المَبِيعِ (١) ، فإنْ تَصَرَّفَ فيها نَظَرْنا ؛ فإن كان ذلك فى حالٍ بَدَا لِلْمُسْتَأْجِرِ (٢) قبلَ تَقَضِّى المُدَةِ مثل أن يَكْتَرِىَ دارًا سَنَةً فيَسْكُنُها شَهْرًا ويَتْرُكُها ، فيَسْكُنُها المالِكُ بَقِيّةَ السَّنةِ ، أو يُؤْجِرُها لغيرِه ، احْتَمَلَ أن يَنْفَسِخَ العَقْدُ فيما اسْتَوْفاهُ المالِكُ ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ (٣) فيه قبلَ قَبْضِ المُكْتَرِى له ، فأَشْبَهَ ما لو تَلِفَ المَكِيلُ قبلَ تَسْلِيمِه ، وسَلَّمَ باقِيَه . فعلى هذا ، إن تَصَرَّفَ المالِكُ فى بعضِ المُدّةِ دونَ بعضٍ ، انْفَسَخَ العَقْدُ فى قَدْرِ ما تَصَرَّفَ فيه دونَ ما لم يَتَصَرَّفْ فيه ، ويكونُ على المُسْتَأْجِرِ ما بَقِىَ ، فلو سَكَنَ المُسْتَأْجِرُ شَهْرًا ، وتَرَكَها شَهْرًا ، وسَكَنَ المالِكُ عَشَرةَ أشْهُرٍ ، لَزِمَ المُسْتَأْجِرَ أَجْرُ شَهْرَيْنِ . وإن سَكَنَها شَهْرًا ، وسَكَنَ المالِكُ شَهْرَيْنِ ، ثم تَرَكَها ، فعلى المُسْتَأْجِرِ أَجْرُ عَشَرَةِ أشْهُرٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَ المُسْتَأْجِرَ أَجْرُ جَمِيعِ المُدّةِ ، وله على المالِكِ أَجْرُ المِثْلِ لِمَا سَكَنَ أو تَصَرَّفَ فيه بِقِسْطِ (٤) ذلك ممَّا على المُسْتَأْجِرِ من الأَجْرِ ، ويَلْزَمُه الباقِى ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ فيما مَلَكَه المُسْتَأْجِرُ عليه بغيرِ إذْنِه ، فأَشْبَهَ ما لو تَصَرَّفَ فى المَبِيعِ بعدَ قَبْضِ المُشتَرِى له ، وقَبْضُ الدّارِ هٰهُنا قامَ مَقامَ قَبْضِ المنافِعِ ، بِدَلِيلِ أنَّه يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فى المَنافِعِ بالسُّكْنَى والإجَارَةِ وغيرِها . فعلَى هذا ، لو كان أَجْرُ المِثْلِ الواجِبُ على

(١ ـ ١) سقط من : ب .

(٢) فى الأصل : « المستأجر » .

(٣) فى الأصل : « تصرف » .

(٤) فى الأصل : « يقسط » .

المالِكِ بِقَدْرِ المُسَمَّى فى العَقْدِ ، لم يَجِبْ على المُسْتَأْجِرِ شىءٌ ، وإن فَضَلَتْ منه فَضْلَةٌ ، لَزِمَ المالِكَ أداؤُها إلى المُسْتَأْجِرِ ، والأَوَّلُ أَوْلَى ، وهو ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىّ ، وإن تَصَرَّفَ المالِكُ قبل تَسْلِيمِ[5] العَيْنِ ، أو امْتَنَعَ من تَسْلِيمِها حتى انْقَضَتْ مُدَّةُ الإِجارةِ ، انْفَسَخَتِ الإِجارَةُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ العاقِدَ قد[6] أَتْلَفَ المَعْقُودَ عليه قبلَ تَسْلِيمِهِ ، فانْفَسَخَ العَقْدُ ، كما لو باعَهُ طَعامًا فأَتْلَفَه قبلَ تَسْلِيمِه . وإن سَلَّمَها إليه فى أَثْناءِ المُدّةِ / ، انْفَسَخَتْ فيما مَضَى ، ويَجِبُ أَجْرُ الباقِى بالحِصَّةِ ، كالمَبِيعِ إذا سَلَّمَ بعضَه وأَتْلَفَ بعضًا . ٨٧/٥ و

٨٩٥ ـ مسألة ؛ قال : (**فَإِنْ حَوَّلَهُ الْمَالِكُ قَبْلَ تَقَضِّى المُدّةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَجْرٌ[1] لِمَا سَكَنَ**)

يَعْنِى إذا اسْتَأْجَرَ عَقَارًا مُدّةً ، فسَكَنَه بعضَ المُدّةِ ، ثم أَخْرَجَهُ المالِكُ ، ومَنَعَه تَمامَ السُّكْنَى ، فلا شىءَ له من الأُجْرَةِ . وقال أكثرُ الفُقَهاءِ : له أَجْرُ ما سَكَنَ ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى مِلْكَ غيره على سَبِيلِ المُعاوَضةِ ، فلَزِمَه عِوَضُه كالمَبِيعِ إذا اسْتَوْفَى بعضَه ، ومَنَعَه المالِكُ بَقِيَّتَه ، وكما[2] لو تَعَذَّرَ اسْتِيفاءُ الباقِى لأَمْرٍ غالِبٍ . ولَنا ، أنَّه لم يُسَلِّمْ إليه ما عَقَدَ الإِجارَةَ عليه ، فلم يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، كما لو اسْتَأْجَرَه لِيَحْمِلَ له[3] كِتابًا [4]إلى مَوْضِعٍ[4] ، فحَمَلَه بعضَ الطَّرِيقِ ، أو اسْتَأْجَرَه لِيَحْفِرَ له عِشْرِينَ ذِرَاعًا . فحَفَرَ له عَشْرًا ، وامْتَنَعَ من حَفْرِ الباقِى . وقِياسُ الإِجارةِ على الإِجارَةِ أَوْلَى مِن قِيَاسِها على البَيْعِ . ويُفارِقُ ما إذا امْتَنَعَ لأَمْرٍ غالبٍ ؛ لأنَّ له عُذْرًا . والحُكْمُ فى مَن اكْتَرَى دَابّةً ، فامْتَنَعَ المُكْرِى من

---

(٥) فى ب ، م : « تسلم » .
(٦) سقط من : الأصل .
(١) فى الأصل : « أجره » .
(٢) فى ب ، م : « كما » .
(٣) سقط من : ب ، م .
(٤ ـ ٤) سقط من : م .

تَسْلِيمِها فى بعض المدّةِ ، أو أجَرَ نَفْسَه أو عَبْدَه لِلخِدْمةِ مُدَّةً ، وامْتَنَعَ من إتْمامِها ، أو أجَرَ نَفْسَه لِبنَاءِ حائِطٍ ، أو خِيَاطةٍ ، أو حَفْرِ بئرٍ ، أو حَمْلِ شيءٍ إلى مكانٍ ، وامْتَنَعَ من إتْمامِ العَمَلِ ، كالحُكْمِ فى العَقَارِ يَمْتَنِعُ من تَسْلِيمِه ، وأنَّه لا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لما ذَكَرْنَا .

فصل : إذا هَرَبَ الأجِيرُ ، أو شَرَدَتِ الدّابّةُ ، أو أخَذَ المُؤْجِرُ العَيْنَ وهَرَبَ بها ، أو مَنَعَهُ اسْتِيفَاءَ المَنْفَعةِ منها من غيرِ هَرَبٍ ، لم تَنْفَسِخِ الإجَارَةُ ، لكن يَثْبُتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الفَسْخِ ؛ فإن فَسَخَ ، فلا كلامَ ، وإن لم يفْسَخْ ، انْفَسَخَتِ الإجَارَةُ[٥] بمُضِيِّ المُدّةِ يومًا فيومًا . فإن عادَتِ العَيْنُ فى أثناءِ المُدّةِ ، اسْتَوْفَى ما بَقِىَ منها . فإن انْقَضَتِ المُدّةُ ، انْفَسَخَتِ الإجَارةُ ؛ لِفَوَاتِ المَعْقُودِ عليه . وإن كانتِ الإجَارةُ على مَوْصُوفٍ فى الذِّمّةِ ، كخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، أو بِنَاءِ حائِطٍ ، أو حَمْلٍ إلى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، اسْتُؤْجِرَ من مالِه مَن يَعْمَلُه ، كما لو أسْلَمَ إليه فى شىءٍ فهَرَبَ ، ابْتِيعَ من مالِه . فإنْ لم يُمْكِنْ ، ثَبَتَ لِلمُسْتَأْجِرِ الفَسْخُ . فإن فَسَخَ ، فلا كَلَامَ ، وإن لم يَفْسَخْ ، وصَبَرَ إلى أن يَقْدِرَ عليه ، فله مُطَالَبَتُه بالعَمَلِ ؛ لأنَّ ما فى الذِّمّةِ لا يَفُوتُ بهَرَبِه . وكلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الأجِيرُ من العَمَلِ فيه ، أو مَنَعَ المُؤْجِرُ المُسْتَأْجِرَ من الانْتِفاعِ ، إذا كان بعدَ عَمَلِ البَعْضِ ، فلا أجْرَ له فيه ، على ما سَبَقَ ، إلَّا أن يَرُدَّ العَيْنَ قبلَ انْقِضاءِ المُدّةِ ، أو يُتِمَّ العَمَلَ إن لم يكُنْ على مُدَّةٍ قبلَ فَسْخِ المُسْتَأْجِرِ ، فيكون له أجْرُ ما عَمِلَ . فأمَّا / إن شَرَدَتِ الدّابةُ ، أو تَعَذَّرَ اسْتِيفاءُ المَنْفَعةِ بغير فِعْلِ المُؤْجِرِ ، فلَه من الأجْرِ بِقَدْرِ ما اسْتَوْفَى بكلِّ حالٍ . ٨٧/٥ ظ

٨٩٦ – مسألة ؛ قال : (فإنْ جَاءَ أمْرٌ غَالِبٌ ، يَحْجِزُ الْمُسْتَأْجِرَ عَنْ مَنْفَعَةِ ما وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ، لَزِمَهُ مِنَ الْأَجْرِ بِمِقْدَارِ مُدّةِ انْتِفَاعِهِ)

[١]وجملتُه أنَّ من اسْتَأْجَرَ عَيْنًا مُدّةً ، فحِيلَ بينه وبين الانْتِفاعِ بها ، لم يَخْلُ من أقْسامٍ ثلاثةٍ :

أحدها ، أن تَتْلَفَ العَيْنُ[١] ، كَدَابَّةٍ تَنْفُقُ ، أو عَبْدٍ يَمُوتُ ، فذلك على ثلاثةِ

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

أَضْرُبٍ : أحدها ، أن تَتْلَفَ قبلَ قَبْضِها ، فإنَّ الإجَارَةَ تَنْفَسِخُ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه تَلِفَ قبلَ قَبْضِه ، فأشْبَهَ مالو تَلِفَ الطَّعَامُ المَبِيعُ قبلَ قَبْضِه . والثانى ، أن تَتْلَفَ عَقِيبَ قَبْضِها ، فإنَّ الإجَارةَ تَنْفَسِخُ أيضا ، ويَسْقُطُ الأجْرُ فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ ، إلَّا أبا ثَوْرٍ حُكِىَ عنه أنَّه قال : يَسْتَقِرُّ الأجْرُ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه تَلِفَ[2] بعدَ قَبْضِه ، أشْبَهَ المَبِيعَ . وهذا غَلَطٌ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه المنافِعُ ، وقَبْضُها باسْتِيفَائِها ، أو التَّمَكُّنِ من اسْتِيفَائِها ، ولم يَحْصُلْ ذلك ، فأشْبَهَ تَلَفَها قبلَ قَبْضِ العَيْنِ . الثالث ، أن تَتْلَفَ بعدَ مُضِىِّ شىءٍ من المدَّةِ ، فإنَّ الإجَارَةَ تَنْفَسِخُ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ دونَ ما مَضَى ، ويكونُ لِلْمُؤْجِرِ من الأجْرِ بِقَدْرِ ما اسْتَوْفَى من المَنْفَعةِ . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ إبراهيمَ بن الحارثِ : إذا اكْتَرَى بَعِيرًا بعَيْنِه ، فنَفَقَ البَعِيرُ ، يُعْطِيه بحِسَابِ ما رَكِبَ . وذلك لما ذَكَرْنا من أنَّ المَعْقُودَ عليه المنافِعُ ، وقد تَلِفَ بعضُها قبلَ قَبْضِه ، فبَطَلَ العَقْدُ فيما تَلِفَ دونَ ما قُبِضَ ، كما لو اشْتَرَى صُبْرَتَيْنِ ، فقَبَضَ إحْداهُما ، وتَلِفَتِ الأُخْرَى قبلَ قَبْضِها ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن كان أجْرُ المُدّةِ مُتَساوِيًا ، فعليه بِقَدْرِ ما مَضَى ، إن كان قد مَضَى النِّصْفُ ، فعليه نِصْفُ الأجْرِ ، وإن كان [3]قد مَضَى[3] الثُّلُثُ ، فعليه الثُّلُثُ ، كما يُقَسَّمُ الثَّمنُ على المَبِيعِ المُتَسَاوِى . وإن كان مُخْتَلِفًا ، كدَارٍ أجْرُها فى الشِّتَاءِ أكْثَرُ من أجْرِها[4] فى الصَّيْفِ ، وأرْضٍ أجْرُها فى الصَّيْفِ أكْثَرُ من الشِّتاءِ ، أو دارٍ لها مَوْسِمٌ ، كَدُورِ مَكَّةَ ، رُجِعَ فى تَقْوِيمِه إلى أهْلِ الخِبْرَةِ ، ويُقَسَّطُ الأجْرُ المُسَمَّى على حَسَبِ قِيمَةِ المَنْفَعةِ ، [5]كَقِسْمَةِ الثَّمَنِ[5] على الأعْيانِ المُخْتَلِفَةِ فى البَيْعِ[6] . وكذلك لو كان الأجْرُ على قَطْعِ مَسَافةٍ ، كبَعِيرٍ اسْتَأْجَرَه على حَمْلِ شىءٍ إلى مكانٍ مُعَيَّنٍ ، وكانت مُتَسَاوِيَةَ الأجْزاءِ أو مُخْتَلِفةً . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىِّ .

---

(٢) فى م : « أتلف » .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل ، ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ – ٥) فى ب : « كقيمة الأثمان » .

(٦) فى الأصل : « المبيع » .

فصل : القسم الثانى ، أن يَحْدُثَ على العَيْنِ ما يَمْنَعُ نَفْعَها ، كدَارٍ انْهدَمَتْ ، وأرْضٍ غَرِقَتْ ، أو انْقَطَعَ ماؤُها ، فهذه يُنْظَرُ فيها ؛ فإن لم يَبْقَ فيها نَفْعٌ أصْلًا ، فهى كالتَّالِفةِ سواءً ، وإن بَقِىَ فيها نَفْعٌ غيرَ ما اسْتَأْجَرَها له ، مثل أن يُمْكِنَ الانْتِفاعُ بعَرْصَةِ الدَّارِ والأرْضِ / لِوَضْعِ حَطَبٍ فيها ، أو نَصْبِ خَيْمةٍ فى الأرْضِ التى اسْتَأْجَرَها لِلزَّرْعِ ، أو صَيْدِ السَّمَكِ من الأرْضِ التى غَرِقَتْ ، انْفَسَخَتِ الإِجارةُ أيضا ؛ لأنَّ المَنْفَعةَ التى وَقَعَ عليها العَقْدُ تَلِفَتْ ، فانْفَسَخَتِ الإِجارةُ ، كما لو اسْتَأْجَرَ دَابّةً لِيَرْكَبَها ، فزَمِنَتْ بحيث لا تَصْلُحُ إلَّا لِتَدُورَ فى الرَّحَى . وقال القاضى ، فى الأرْضِ التى يَنْقَطِعُ ماؤُها : لا تَنْفَسِخُ الإِجارةُ فيها . وهو مَنْصُوصُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّ المَنْفَعةَ لم تَبْطُلْ جُمْلةً ؛ لأنَّه يُمْكِنُ الانْتِفاعُ بعَرْصَةِ الأرْضِ بِنَصْبِ خَيْمَةٍ ، أو جَمْعِ حَطَبٍ فيها ، فأشْبَهَ ما لو نَقَصَ نَفْعُها مع بَقَائِه . فعلى هذا يُخَيَّرُ المُسْتَأْجِرُ بين الفَسْخِ والإِمْضاءِ ؛ فإن فَسَخَ ، فحُكْمُه حُكْمُ العَبْدِ إذا ماتَ ، وإن اخْتارَ إمْضاءَ العَقْدِ ، فعليه جَمِيعُ الأجْرِ ؛ لأنَّ ذلك عَيْبٌ ، فإذا رَضِىَ به ، سَقَطَ حُكْمُه . فإن لم يَخْتَرِ الفَسْخَ ولا الإِمْضاءَ ، إمَّا لِجَهْلِه بأنَّ له الفَسْخَ ، أو لغيرِ ذلك ، فله الفَسْخُ بعدَ ذلك . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ بَقَاءَ غيرِ[7] المَعْقُودِ عليه لا يَمْنَعُ انْفِساخَ العَقْدِ بتَلَفِ المَعْقُودِ عليه ، كما[8] فى البَيْعِ . ولو كان النَّفْعُ الباقِى فى الأعْيانِ[9] ممَّا لا يُبَاحُ اسْتِيفاؤُه بالعَقْدِ ، كدَابّةٍ اسْتَأْجَرَها للرُّكُوبِ فصارتْ لا تَصْلُحُ[10] إلَّا لِلْحَمْلِ ، أو بالعَكْسِ ، انْفَسَخَ العَقْدُ . وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ المَنْفَعةَ الباقِيةَ لا يُمْلَكُ اسْتِيفَاؤُها مع سَلَامَتِها ، فلا يَمْلِكُها مع تَعَيُّبِها ، كَبَيْعِها . وأمَّا إنْ أمْكَنَ الانْتِفاعُ بالعَيْنِ فيما اكْتَراها له ، على نَعْتٍ من القُصُورِ ، مثل أن يُمْكِنَه زَرْعُ الأرْضِ بغيرِ ماءٍ ، أو كان الماءُ يَنْحَسِرُ عن الأرْضِ التى غَرِقَتْ على وَجْهٍ[11] يَمْنَعُ بعضَ الزِّراعةِ أو يَسُوءُ[11] الزَّرْعَ ، أو كان يُمْكِنُه سُكْنَى ساحةِ الدَّارِ ، إمَّا فى خَيْمةٍ أو

٨٨/٥ و

---

(٧) فى الأصل : « عين » .

(٨) فى الأصل : « كالأعيان » .

(٩) فى الأصل : « العين » .

(١٠) فى الأصل : « تنفع » .

(١١ - ١١) فى الأصل : « يمنع بعض المزارعة أو يسق » .

غيرِها ، لم تَنْفَسِخِ الإجارَةُ ؛ لأنَّ المَنْفَعةَ المَعْقُودَ عليها لم تَزُلْ بالكُلِّيةِ ، فأشْبَهَ ما[12] لو تَعيَّبَتْ ، ولِلْمُسْتأْجِرِ خِيَارُ الفَسْخِ ، على ما ذَكَرْنا ، إلَّا فى الدَّارِ إذا انْهَدَمَتْ ، فإنَّ فيها وَجْهَيْنِ ؛ أحدُهما ، لا تَنْفَسِخُ الإجَارَةُ . والثانى ، تَنْفَسِخُ ؛ لأنَّه زالَ اسْمُها بهَدْمِها ، وذَهَبَتِ المَنْفَعةُ التى تُقْصَدُ منها ، ولذلك لا يَسْتأْجِرُ أحدٌ عَرْصَةَ دارٍ لِيَسْكُنَها . فأمَّا إن كان الحادِثُ فى العَيْنِ لا يَضُرُّها ، كغَرَقِ الأرْضِ بماءٍ يَنْحَسِرُ فى قُربِ[13] الزَّمانِ ، لا يَمْنَعُ الزَّرْعَ ، ولا يَضُرُّه ، وانْقِطَاعِ الماءِ عنها إذا سَاقَ المُؤْجِرُ إليها ماءً[12] من مكانٍ آخر ، أو كان انْقِطاعُه فى زَمَنٍ لا يَحْتاجُ إليه فيه ، فليس لِلْمُسْتأْجِرِ الفَسْخُ ؛ لأنَّ هذا ليس بعَيْبٍ . وإن حَدَثَ الغَرَقُ المُضِرُّ ، أو انْقِطاعُ الماءِ ، [14]أو انْهَدَمَ بعضُ[14] العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ / فلذلك البعضِ حُكْمُ نَفْسِه فى الفَسْخِ أو ثُبُوتِ الخِيَارِ ، ولِلْمُكْتَرِى الخِيَارُ فى تَبْقِيَةِ[15] العَيْنِ ؛ لأنَّ الصَّفْقةَ تَبَعَّضَتْ عليه . فإن اخْتَارَ الإمْساكَ ، أمْسَكَ بالحِصَّةِ من الأجْرِ ، كما إذا تَلِفَ أحدُ القَفِيزَيْنِ من الطَّعَامِ فى يَدِ البائِعِ .

88/5 ظ

فصل : القسم الثالث ، أن تُغْصَبَ العَيْنُ المُسْتأْجَرَةُ ، فلِلْمُسْتأْجِرِ الفَسْخُ ؛ لأنَّ فيه تأْخِيرَ حَقِّه ، فإن فَسَخَ ، فالحُكْمُ فيه كما لو انْفَسَخَ[16] العَقْدُ بتَلَفِ العَيْنِ ، سواءً ، وإن لم يَفْسَخْ حتى انْقَضَتْ مُدَّةُ الإجَارَةِ ، فله الخِيَارُ بين الفَسْخِ والرُّجُوعِ بالمُسَمَّى ، وبين البَقَاءِ على العَقْدِ ومُطَالَبةِ الغاصِبِ بأجْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه لم يَفُتْ مُطْلَقًا ، بل إلى بَدَلٍ ، وهو القِيمَةُ ، فأشْبَه ما لو أتْلَفَ الثَّمرةَ المَبِيعةَ آدَمِىٌّ قبلَ قَطْعِها ، ويَتَخَرَّجُ انْفِساخُ العَقْدِ بكلِّ حالٍ ، على الرِّوايةِ التى تقول : إنَّ مَنَافِعَ الغَصْبِ

---

(12) سقط من : م .

(13) فى ب ، م زيادة : « من » .

(14 - 14) فى الأصل : « والهدم ببعض » .

(15) فى الأصل : « بقية » .

(16) فى الأصل : « فسخ » .

لا تُضْمَنُ . وهو قول أصْحابِ الرَّأْى . ولأصْحابِ الشّافِعِىّ فى ذلك اخْتِلَافٌ . وإن رُدَّتِ[17] العَيْنُ فى أثناء المُدّةِ ، ولم يكن فَسَخَ ، اسْتَوْفَى ما بَقِىَ منها ، ويكونُ فيما مَضَى من المُدَّةِ مُخَيَّرًا ، كما ذَكَرْنا . وإن كانت الإجَارةُ على عَمَلٍ ؛ كخِيَاطةِ ثَوْبٍ ، أو حَمْلِ شىءٍ إلى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ، فغُصِبَ جَمَلُه الذى يَحْمِلُ عليه ، وعَبْدُه الذى يَخِيطُ له ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ ، وللمُسْتَأْجِرِ مُطَالَبةُ الأجيرِ بعِوَضِ المَغْصُوبِ ، وإقامَةِ من يَعْمَلُ العَمَلَ ؛ لأنَّ العَقْدَ على ما فى الذِّمَّةِ ، كما لو وَجَدَ بالمُسْلَمِ فيه عَيْبًا ، فَرَدَّه ، فإن تَعَذَّرَ البَدَلُ ، ثَبَتَ لِلمُسْتَأْجِرِ الخِيَارُ بين الفَسْخِ أو الصَّبْرِ إلى أن يَقْدِرَ على العَيْنِ المَغْصُوبةِ ، فيَسْتَوْفِىَ منها .

فصل : القسم الرابع[18] ، أن يَتَعَذَّرَ اسْتِيفاءُ المَنْفَعةِ من العَيْنِ بِفِعْلٍ صَدَرَ منها ، مثل أن يَأْبَقَ العَبْدُ ، أو تَشْرُدَ الدّابّةُ ، وقد ذَكَرْنا حُكْمَ ذلك فيما قبلَ هذا .

فصل : القسم الخامس ، أن يَحْدُثَ خَوْفٌ عامٌّ ، يَمْنَعُ من سُكْنَى ذلك المَكانِ الذى فيه العَيْنُ المُسْتَأْجَرَةُ ، أو تُحْصَرَ البَلَدُ ، فيَمْتَنِعَ الخُرُوجُ إلى الأرْضِ المُسْتَأْجَرةِ للزَّرْعِ ، ونحو ذلك ، فهذا يُثْبِتُ لِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارَ الفَسْخِ ؛ لأنَّه أمْرٌ غالِبٌ مَنَعَ[19] المُسْتَأْجِرَ اسْتِيفَاءَ المَنْفَعةِ ، فأثْبَتَ الخِيَارَ ، كغَصْبِ العَيْنِ . ولو اسْتَأْجَرَ دَابّةً لِيَرْكَبَها ، أو يَحْمِلَ عليها إلى مكانٍ مُعَيّنٍ ، فانْقَطَعَتِ الطّرِيقُ إليه لِخَوْفٍ حادِثٍ ، أو اكْتَرَى إلى مَكّةَ ، فلم يَحُجَّ الناسُ ذلك العام من تلك الطّرِيقِ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما فَسْخُ الإجارةِ . وإن أحَبَّ إبْقاءَها إلى حينِ إمكانِ اسْتِيفاءِ المَنْفَعةِ ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَعْدُوهما . فأمَّا إن كان الخَوْفُ / خاصًّا بالمُسْتَأْجِرِ ، مثل أن يَخافَ وحدَه لِقُرْبِ أعْدائِه من المَوْضِعِ المُسْتَأْجَرِ ، أو حُلُولِهِم فى طَرِيقِه ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ ؛ لأنَّه عُذْرٌ

٥/٨٩ و

(١٧) فى الأصل ، ا ، م : « زادت » .
(١٨) ذكر فى أول المسألة أنها ثلاثة أقسام .
(١٩) فى م : « يمنع » .

يَخْتَصُّ به ، لا يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ المَنْفَعةِ بالكُلِّيةِ ، فأشْبَهَ مَرَضَه . وكذلك لو حُبِسَ ، أو مَرِضَ ، أو ضاعتْ نَفَقَتُه ، أو تَلِفَ مَتَاعُه ، لم يَمْلِكْ فَسْخَ الإجارَةِ لذلك ؛ لأنَّه تَرَكَ اسْتِيفاءَ المَنافِعِ لِمَعْنًى من جِهَتِه ، فلم يَمْنَعْ ذلك وُجُوبَ أجْرِها عليه ، كما لو تَرَكَها اخْتِيارًا .

فصل : وإذا اكْتَرَى عَيْنًا ، فوَجَدَ بها عَيْبًا لم يكُنْ عَلِمَ به ، فله فَسْخُ العَقْدِ ، بغير خِلَافٍ نَعْلَمُه . قال ابنُ المُنْذِرِ : إذا اكْتَرَى دَابّةً بعَيْنِها ، فوَجَدَها جَمُوحًا ، أو عَضُوضًا ، أو نَفُورًا ، أو بها عَيْبٌ غيرَ ذلك ممَّا يُفْسِدُ رُكُوبَها ، فلِلْمُكْتَرِي الخِيارُ ، إن شاءَ رَدَّها وفَسَخَ الإجَارةَ ، وإن شاءَ أخَذَها . وهذا قولُ أبي ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْى ، ولأنَّه عَيْبٌ فى المَعْقُودِ عليه ، فأثْبَتَ الخِيَارَ ، كالعَيْبِ فى بُيُوعِ الأعْيانِ . والعَيْبُ الذى يُرَدُّ به ، ما تَنْقُصُ به قِيمةُ[20] المَنْفَعةِ ، كتَعَثُّرِ الظَّهْرِ فى المَشْىِ ، والعَرَجِ الذى يَتَأخَّرُ به عن القافِلَةِ ، ورَبْضِ[21] البَهِيمَةِ بالحِمْلِ ، وكَوْنُها جَمُوحةً أو عَضُوضةً ، وأشْباه ذلك . وفى المُكْتَرَى لِلخِدْمةِ ؛ ضَعْفُ البَصَرِ ، والجُنُونُ ، والجُذَامُ ، والبَرَصُ ، وفى الدَّارِ ؛ انْهِدَامُ الحائِطِ ، والخَوْفُ من سُقُوطِها ، وانْقِطاعُ الماءِ من بِئْرِها ، أو تغيُّره بحيث يَمْتَنِعُ الشُّرْبُ والوُضُوءُ ، وأشْباه ذلك من النَّقائِصِ ، ومتى حَدَثَ شىءٌ من هذه العُيُوبِ بعدَ العَقْدِ ، ثَبَتَ لِلمُكْتَرِى خِيَارُ الفَسْخِ ؛ لأنَّ المَنافِعَ لا يَحْصُلُ قَبْضُها إلَّا شيئا فشيئا ، فإذا حَدَثَ العَيْبُ ، فقد وُجِدَ قبلَ[22] قَبْض الباقِى من المَعْقُودِ عليه ، فأثْبَتَ الفَسْخَ فيما بَقِىَ منها ، ومتى فَسَخَ ، فالحُكْمُ فيه كما لو انْفَسَخَ العَقْدُ بِتَلَفِ العَيْنِ . وإن رَضِىَ المُقامَ ولم يَفْسَخْ ، لَزِمَهُ جَمِيعُ العِوَضِ ؛ لأنَّه رَضِىَ به ناقِصًا ، فأشْبَهَ ما لو رَضِىَ بالمَبِيعِ مَعِيبًا . وإن اخْتَلَفا فى المَوْجُودِ ، هل هو عَيْبٌ أو لا ؟ رُجِعَ فيه إلى أهْلِ الخِبْرةِ ، فإن قالوا : ليس بِعَيْبٍ . مثل أن تكونَ الدَّابَّةُ

---

(٢٠) سقط من : م .

(٢١) فى الأصل : « ورفض » .

(٢٢) فى ب ، م : « مثل » .

خَشِنَةَ المَشْى ، أو أنَّها تُتْعِبُ رَاكِبَها لكَوْنِها لا تُرْكَبُ كَثِيرًا ، فليس له فَسْخٌ . وإن قالوا : هو عَيْبٌ . فله الفَسْخُ . هذا إذا كان العَقْدُ يَتعَلَّقُ بعَيْنِها ، فأمَّا إن كانت مَوْصُوفةً فى الذِّمَّةِ ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ ، وعلى المُكْرِى إبْدَالُها ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَتعَلَّقْ بعَيْنِها ، أشْبَهَ المُسْلَمَ فيه إذا سَلَّمَه[23] على غيرِ صِفَتِه . فإن عَجَزَ عن إبْدَالِها ، أو امْتَنَعَ منه ، ولم يُمْكِنْ إجْبارُه عليه ، فلِلْمُكْتَرِى الفَسْخُ أيضا .

فصل : وعلى المُكْرِى ما يتمَكَّنُ به من الانْتِفاعِ ، كتَسْلِيمِ مَفَاتِيحِ الدّارِ والحَمَّامِ ؛ لأنَّ عليه / التَّمْكِينَ من الانْتِفاعِ ، وتَسْلِيمُ مَفَاتِيحِهَا تَمْكِينٌ من الانْتِفَاعِ ، فوَجَبَ عليه . فإن ضاعَتْ ، بغيرِ تَفْرِيطٍ من المُكْتَرِى ، فعلى المُكْرِى بَدَلُها ؛ لأنَّها أمانَةٌ فى يَدِ المُكْتَرِى ، فأشْبَهَ ذلك حِيطَانَ الدَّارِ وأبْوَابَها . وعليه بَنَاءُ حائِطٍ إن سَقَطَ ، وإبْدالُ خَشَبَةٍ إن انْكَسَرَتْ[24] . وعليه تَبْلِيطُ الحَمَّامِ ، وعَمَلُ الأبوابِ والبِرَكِ[25] ومَجْرَى الماءِ ؛ لأنَّه بذلك يَتَمَكَّنُ من الانْتِفاعِ ، وما كان لِاسْتِيفاءِ المَنافِعِ ، كالحَبْلِ والدَّلْوِ والبَكْرَةِ ، فعلى المُكْتَرِى . وأمَّا التَّحْسِينُ والتَّزْوِيقُ ، فلا يَلْزَمُ واحِدًا منهما ؛ لأنَّ الانْتِفاعَ مُمْكِنٌ بدُونِه . وأمَّا تَنْقِيَةُ البالُوعةِ والكُنُفِ ، فإن احْتِيجَ إلى ذلك عندَ الكِرَاءِ ، فعلى المُكْرِى ؛ لأنَّ ذلك ممَّا يَتَمَكَّنُ به من الانْتِفاعِ ، وإن امْتَلأَتْ بفِعْلِ المُكْتَرِى ؛ فعليه تَفْرِيغُهَا . وهذا قولُ الشافِعِىِّ . وقال أبو ثَوْرٍ : هو على رَبِّ الدّارِ ؛ لأنَّ به يَتَمَكَّنُ من الانْتِفاعِ ، فأشْبَهَ ما لو اكْتَرَى وهى مَلْأَى . وقال أبو حنيفةَ : القِيَاسُ أنَّه على المُكْتَرِى ، والاسْتِحْسانُ أنَّه على رَبِّ الدارِ ؛ لأنَّ عادَةَ الناسِ ذلك . ولَنا ، أنَّ ذلك حَصَلَ بفِعْلِ المُكْتَرِى ، فكان عليه تَنْظِيفُه كما لو[26] طَرَحَ فيها قُماشًا . والقولُ فى تَفْرِيغِ جِيَّةِ[27] الحَمَّامِ ، التى هى

٥/٨٩ ظ

---

(٢٣) فى الأصل : « سلم » .

(٢٤) فى ا ، ب ، م : « انكسر » .

(٢٥) فى ب ، م : « والبزل » .

(٢٦) فى الأصل زيادة : « كان » .

(٢٧) الجية : الموضع الذى يجتمع فيه الماء .

مَصْرِفُ مائِه[٢٨] ، كالقَوْلِ فى بَالُوعةِ الدَّارِ . وإن انْقَضَتِ الإجَارةُ ، وفى الدّارِ زِبْلٌ أو قُمامَةٌ من فِعْلِ السّاكِنِ ، فعليه نَقْلُه . وهذا قولُ الشافِعِىّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْى .

فصل : وإن شَرَطَ على مُكْتَرِى الحَمَّامِ ، أو غيرِه ، أنَّ مُدَّةَ تَعْطِيلِه عليه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يُؤْجرَ مُدّةً لا يُمْكِنُ الانْتِفاعُ فى بعضها ، ولا يجوزُ أن يَشْتَرِطَ أنَّه يَسْتَوْفِى بَقَدْرِها بعدَ انْقِضاءِ مُدّتِه ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى أن يكونَ انْتِهاءُ مُدَّةِ الإجَارةِ مَجْهُولًا . فإن أطْلَقَ ، وتَعَطَّلَ ، فهو عَيْبٌ حادِثٌ ، والمُكْتَرِى بالخِيَارِ بينَ الإمْساكِ بكلِّ الأجْرِ وبينَ الفَسْخِ . ويَتَخَرَّجُ أنَّ له أرْشَ العَيْبِ ، قِياسًا على المَبِيعِ المَعِيبِ . وإن لم يَعْلَمْ بالعَيْبِ حتى انْقَضَتْ مُدَّةُ الإجَارةِ ، فعليه الأجْرُ كلُّه ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى المَعْقُودَ عليه ، فأشْبَهَ ما لو عَلِمَ العَيْبَ بعدَ العَقْدِ فرَضِيَه ، ويَتَخَرَّجُ أنَّ له أرْشَ العَيْبِ ، كما لو اشْتَرَى مَعِيبًا ، فلم يَعْلَمْ عَيْبَه حتى أكَلَه ، أو تَلِفَ فى يَدِه .

فصل : وإن شَرَطَ الإنْفاقَ على العَيْنِ النَّفَقَةَ الواجِبَةَ على المُكْرِى ، كعِمَارَةِ الحَمَّامِ ، إذا شَرَطَها على المُكْتَرِى[٢٩] ، فالشَّرْطُ فاسِدٌ ؛ لأنَّ العَيْنَ مِلْكٌ لِلمُؤْجِرِ فنَفَقَتُها عليه . وإذا أنْفَقَ بِناءً على هذا ، احْتَسَبَ به على / المُكْرِى ؛ لأنَّه أنْفَقَه على مِلْكِه بشَرْطِ العِوَضِ . فإن اخْتَلَفَا فى قَدْرِ ما أنْفَقَ ، فالقولُ قولُ المُكْرِى ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ . فإن لم يَشْتَرِطْ[٣٠] ، لكنْ أذِنَ له فى الإنْفاقِ ، لِيَحْتَسِبَ له من الأجْرِ ، ففَعَلَ[٣١] ، ثم اخْتَلَفَا[٣٢] فالقولُ قولُ المُكْرِى أيضا . وإن أنْفَقَ من غيرِ إذْنِه ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ ؛ لأنَّه أنْفَقَ على مالِه بغيرِ إذْنِه نَفَقَةً غيرَ واجِبَةٍ على المالِكِ ، فأشْبَهَ ما لو عَمَرَ دارًا له أُخْرَى .

٩٠/٥ و

---

(٢٨) فى م : « الماء » .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) فى الأصل : « يشرط » .

(٣١) فى الأصل : « بفعله » .

(٣٢) فى ب زيادة : « فى قدر ما أنفق » .

٨٩٧ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنِ اسْتُؤْجِرَ لِعَمَلِ شَىْءٍ بِعَيْنِه ، فَمَرِضَ ، أُقِيمَ مُقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُه ، والْأُجْرَةُ عَلَى الْمَرِيضِ**)

وجملةُ ذلك ، أنَّه يجوزُ اسْتِئْجارُ الآدَمِىِّ ، بغيرِ خِلَافٍ بين أهْلِ العِلْمِ ، وقد آجَرَ موسى عليه السلامُ نَفْسَه لِرِعَايةِ الغَنَمِ [١] . واسْتَأْجَرَ النبىُّ ﷺ وأبو بَكْرٍ رَجُلًا لِيَدُلَّهُما على الطَّرِيقِ [١] . وذَكَرَ النبىُّ ﷺ رَجُلًا اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ ، كُلَّ أجِيرٍ بِفَرَقٍ من ذُرَةٍ ، وقال : « إنَّمَا مَثَلُكُمْ وَمَثَلُ أهْلِ الْكِتَابِ ، كَمَثَلِ رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ أُجَرَاءَ ، فَقَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِى من غُدْوَةَ إلَى نِصْفِ النَّهارِ على قِيراطٍ قِيراطٍ [٢] ؟ فعَمِلَتِ اليَهُودُ . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِى مِنْ نِصْفِ النَّهارِ إلَى العَصْرِ عَلَى قِيرَاطٍ قِيرَاطٍ ؟ فعَمِلَتِ النَّصَارَى . ثُمَّ قَالَ : مَنْ يَعْمَلُ لِى مِنَ العَصْرِ إلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ عَلَى قِيرَاطَيْنِ قِيرَاطَيْنِ ؟ فعَمِلْتُم أنْتُمْ [٣] . فغَضِبَتِ اليَهُودُ والنَّصَارَى ، وَقَالُوا : نَحْنُ أكْثَرُ عَمَلًا وأقَلُّ أجْرًا فقَالَ : هَلْ ظَلَمْتُكُمْ مِنْ أجْرِكُم شَيْئًا ؟ قَالُوا : لَا . قَالَ : فَإنَّمَا هُوَ فَضْلِى أُوتِيهِ مَنْ أشَاءُ » [٤] . ولأنَّه يَجُوزُ الانْتِفاعُ به مع بَقَاءِ عَيْنِه ، فجازَتْ إجَارَتُه ، كالدُّورِ . ثم إجَارَتُه تَقَعُ على ضَرْبَيْنِ ؛ أحدهما ، اسْتِئْجارُه مُدّةً بعَيْنِها ، لِعَمَلٍ بعَيْنِه ، كإجَارَةِ مُوسَى عليه السلام نَفْسَه ثَمَانِىَ حِجَجٍ ، واسْتِئْجارِ الأُجَرَاءِ المَذْكُورِينَ فى الخَبَرِ . والثانى ، اسْتِئْجارُه على عَمَلٍ مُعَيّنٍ فى الذِّمَّةِ ، كاسْتِئْجارِ النبىِّ ﷺ وأبى بكرٍ دَلِيلًا يَدُلُّهما على الطَّرِيقِ ، واسْتِئْجارِ رَجُلٍ لخِيَاطَةِ قَمِيصٍ أو بِنَاءِ حائِطٍ ، ويَتَنَوَّعُ ذلك

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٥ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) سقط من : ب .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب الإجارة إلى نصف النهار ، وباب الإجارة إلى صلاة العصر ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب ما ذكر عن بنى إسرائيل ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب فضل القرآن على سائر الكلام ، من كتاب فضائل القرآن . صحيح البخارى ١١٧/٣ ، ١١٨ ، ٢٠٧/٤ ، ٢٣٥/٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مثل ابن آدم وأجله وأمله ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ٣٢١/١٠ ، ٣٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٢ ، ١١١ .

نَوْعَيْنِ ؛ أحدهما ، أن تَقَعَ الإجارةُ على عَيْنٍ ، كإجارةِ عَبْدِه لرِعَايةِ غَنَمٍ[٥] ، أو وَلَدِه لِعَمَلٍ مُعَيّنٍ . والثانى ، أن تَقَعَ على عَمَلٍ فى الذِّمّةِ ، كخِيَاطةِ قَمِيصٍ وبِنَاءِ حائطٍ ، فمتى كانت على عَمَلٍ فى ذِمَّتِه فمَرِضَ ، وَجَبَ عليه أن يُقِيمَ مُقَامَه مَنْ يَعْمَلُه ؛ لأنَّه حَقٌّ وَجَبَ فى ذِمَّتِه ، فوَجَبَ عليه إيفاؤُه ، كالمُسْلَمِ فيه ، ولا يَجِبُ على المُسْتَأْجِرِ إنْظَارُه ؛ لأنَّ العَقْدَ بإطْلَاقِه يَقْتَضِى التَّعْجِيلَ ، وفى التَّأْخِيرِ إضْرارٌ به . فأمَّا إن كانت الإجارةُ على عَيْنِه[٦] فى مُدَّةٍ أو غيرِها ، فمَرِضَ / لم يُقِمْ غيرَه مُقَامَه ؛ لأنَّ الإجارةَ وَقَعَتْ على عَمَلِه بعَيْنِه ، لا على شىءٍ فى ذِمَّتِه ، وعَمَلُ غيره ليس مَعْقُودًا عليه ، وإنَّما وَقَعَ العَقْدُ على مُعَيَّنٍ ، فأشْبَه ما لو اشْتَرَى مُعَيَّنًا ، لم يَجُزْ أن يَدْفَعَ إليه غَيرَه ، ولا يُبْدِلَه ، بخِلَافِ ما لو وَقَعَ فى الذِّمَّةِ ، فإنَّه يجوزُ إبْدالُ المَعِيبِ ، ولا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بتَلَفِ ما تَسَلَّمَهُ ، والمَبِيعُ المُعَيَّنُ بخِلَافِه ، فكذلك الإجَارةُ . وإن كانت الإجارةُ على عَمَلٍ فى الذِّمَّةِ ، لكنَّه لا يَقُومُ غيرُ الأجيرِ مَقَامَه ، كالنَّسْخِ ، فإنَّه يَخْتَلِفُ القَصْدُ فيه باخْتِلافِ الخُطُوطِ ، لم يُكَلَّفْ إقَامَةَ غيرِه مُقَامَه ، ولا يَلْزَمُ المُسْتَأْجِرَ قَبُولُ ذلك إن بَذَلَه الأجِيرُ ؛ لأنَّ الغَرَضَ لا يَحْصُلُ من غيرِ الناسِخِ ، كَحُصُولِه منه ، فأشْبَهَ ما لو أسْلَم إليه فى نَوْعٍ ، فسَلَّمَ إليه غيرَه . وهكذا كل ما يَخْتَلِفُ باخْتِلافِ الأعْيانِ .

٥/٩٠ ظ

فصل : يجوزُ الاسْتِئْجارُ لِحَفْرِ الآبارِ والأنْهارِ والقُنِىِّ ؛ لأنَّها مَنْفَعَةٌ مَعْلُومةٌ ، يجوزُ أن يَتَطَوَّعَ بها الرَّجُلُ على غيرِه ، فجازَ عَقْدُ الإجَارةِ عليها[٧] ، كالخِدْمةِ . ولابدَّ من تَقْدِيرِ العَمَلِ بمُدّةٍ ، أو عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، فإن قَيَّدَه بمُدَّةٍ ، نحو أن يقولَ : اسْتَأْجَرْتُكَ شَهْرًا ، لِتَحْفِرَ لِى بِئْرًا [٨]أو نَهْرًا[٨] . لم يَحْتَجْ إلى مَعْرِفةِ القَدْرِ[٩] وعليه أن يَحْفِرَ ذلك

---

(٥) فى ب ، م : « غنمه » .

(٦) فى ب ، م : « عبده » .

(٧) فى م : « عليه » .

(٨ – ٨) سقط من : ب .

(٩) فى م : « القنى » .

الشَّهْر ، قَلِيلًا حفَرَ[10] أو كَثِيرًا . ويَحْتاجُ إلى مَعْرِفةِ الأرْضِ التى يَحْفِرُ فيها . وقال بعضُ أصْحابِنا : لا يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَتِها ؛ لأنَّ الغَرَضَ لا يَخْتَلِفُ بذلك . والأَوَّلُ أَوْلَى إن شاءَ اللهُ تعالى ؛ لأنَّ الأرْضَ قد تكونُ صُلْبَةً ، فيكونُ الحَفْرُ عليه شاقًّا ، وقد تكونُ سَهْلةً ، فيَسْهُلُ ذلك عليه . وإن قَدَّرَه بالعَمَلِ ، فلا بدَّ من مَعْرِفَةِ الوَضْعِ[11] بالمُشَاهَدةِ ؛ لأنَّ المَواضِعَ تَخْتَلِفُ بالسُّهُولةِ والصَّلابةِ ، ولا يَنْضَبِطُ ذلك بالصِّفَةِ . ويَعْرِفُ دَوْرَ البِئْرِ ، وعُمْقَها ، وطُولَ النَّهْرِ ، وعُمْقَه ، وعَرْضَهُ ؛ لأنَّ العَمَلَ يَخْتَلِفُ بذلك . فإذا حَفَرَ بِئْرًا ، فعليه شَيْلُ التُّرابِ[12] ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه الحَفْرُ إلَّا بذلك ، فقد تَضَمَّنَه العَقْدُ . فإن تَهَوَّرَ تُرابٌ من جانِبَيْها ، أو سَقَطَتْ فيه بَهِيمةٌ [13]أو نحو ذلك[13] ، لم يَلْزَمْه شَيْلُه ، وكان على صاحِبِ البِئْرِ ؛ لأنَّه سَقَطَ فيها من مِلْكِه ، ولم يَتَضَمَّنْ عَقْدُ الإجَارةِ رَفْعَه . وإن وَصَلَ إلى صَخْرةٍ أو جَمادٍ يَمْنَعُ الحَفْرَ ، لم يَلْزَمْه حَفْرُه ؛ لأنَّ ذلك مُخَالِفٌ لما شَاهَدَه من الأرْضِ ، وإنَّما اعْتُبِرَتْ مُشَاهَدةُ الأرْضِ لأنَّها تَخْتَلِفُ ، فإذا ظَهَرَ فيها ما يُخَالِفُ المُشَاهَدَةَ ، كان له الخِيَارُ فى الفَسْخِ ، فإذا فَسَخَ ، كان له من الأجْرِ بِحِصَّةِ ما عَمِلَ فيُقَسَّطُ الأجْرُ على ما بَقِىَ وما عَمِلَ ، فيقال : كم أجْرُ ما عَمِلَ ؟ وكم أجْرُ ما بَقِىَ ؟! ويُقَسَّطُ الأجْرُ المُسَمَّى عليهما . ولا/ يجوزُ تَقْسِيطُه على عَدَدِ الأذْرُعِ ؛ لأنَّ أعْلَى البِئْرِ يَسْهُلُ نَقْلُ التُّرابِ منه ، وأسْفَلَه يَشُقُّ ذلك فيه . وإن نَبَعَ ما يَمْنَعُه[14] من الحَفْرِ ، فهو بمَنْزِلةِ الصَّخْرةِ ، على ما ذَكَرْنا .

٩١/٥ و

فصل : ويجوزُ الاسْتِئْجارُ لِضَرْبِ اللَّبِنِ ؛ لما ذَكَرْنا ، ويكونُ على مُدَّةٍ أو عَمَلٍ ، فإن قَدَّرَه بالعَمَلِ ، احْتاجَ إلى تَبْيِينِ عَدَدِه ، وذِكْرِ قَالَبِه ، ومَوْضِعِ الضَّرْبِ ؛ لأنَّ الأجْرَ يَخْتَلِفُ باخْتِلافِه ؛ لكَوْنِ التُّرابِ فى بعضِ الأماكِنِ أسْهَلَ ، والماءِ أقْرَبَ . فإن

(١٠) فى م : « حتى » .
(١١) لعل الصواب : « الموضع » .
(١٢) سقط من : الأصل .
(١٣ – ١٣) سقط من : الأصل .
(١٤) فى الأصل : « منعه » .

كان هناك قَالَبٌ مَعْرُوفٌ لا يَخْتَلِفُ ، جازَ ، كما إذا كان المِكْيالُ مَعْرُوفا . وإن قَدَّرَه بالطُّولِ والعَرْضِ والسُّمْكِ ، جازَ . ولا يَكْتَفِى بمُشاهَدةِ قالَبِ الضَّرْبِ إذا لم يَكُنْ مَعْرُوفًا ؛ لأنَّ فيه غَرَرًا . وقد يَتْلَفُ القالَبُ ، فلا يَصِحُّ ، كما لو أسْلَمَ فى مِكْيالٍ بِعَيْنِه .

فصل : ويجوزُ الاسْتِئْجارُ لِلْبِناءِ ، وتَقْدِيرُه بالزَّمانِ أو العَمَلِ ، فإن قَدَّرَه بالعَمَلِ ، فلابدَّ من مَعْرِفَةِ مَوْضِعِه ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ أيضا بقُرْبِ الماءِ ، وسُهُولةِ التُّرابِ . ولابُدَّ من ذِكْرِ طُولِه ، وعَرْضِه ، وسُمْكِه ، وآلةِ البِناءِ من لَبِنٍ وطِينٍ ، أو حَجَرٍ وطِينٍ ، أو شِيدٍ[١٥] وآجُرٍّ ، أو غير ذلك . قال ابنُ أبى موسى : وإذا اسْتَأْجَرَه لِبناءِ ألْفِ لَبِنَةٍ فى حائِطِه[١٦] ، أو اسْتَأْجَرَه يَبْنِى له فيه يَوْمًا ، فعَمِلَ ما اسْتَأْجَرَه عليه ، ثم سَقَطَ الحائِطُ ، فله أجْرُه ؛ لأنَّه وَفَّى العَمَلَ . وإن قال : ارْفَعْ لى هذا الحائِطَ عَشَرَةَ أذْرُعٍ ، فرَفَعَ بعضَه ، ثم سَقَطَ ، فعليه إعادَةُ ما سَقَطَ ، وإتْمامُ ما وَقَعَتْ عليه الإجارةُ من الذَّرْعِ . وهذا إذا لم يكُنْ سُقُوطُه فى الأوَّلِ لأمْرٍ من جِهَةِ العامِلِ ، فأمَّا إن فَرَّطَ ، أو بَناهُ مَحْلُولًا ، أو نحو ذلك ، فسَقَطَ ، [١٧] فعليه إعادَتُه[١٧] ، وغَرامَةُ ما تَلِفَ منه .

فصل : ويجوزُ الاسْتِئْجارُ لتَطْيِينِ السُّطُوحِ والحِيطَانِ وتَجْصِيصِها . ولا يجوزُ على عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ الطِّينَ يَخْتَلِفُ ، فمنه رَقِيقٌ وثَخِينٌ ، وأرْضُ السَّطْحِ[١٨] تَخْتَلِفُ ، [١٩] فمنها العالِى ومنها النازِلُ[١٩] ، وكذلك الحِيطَانُ ، فلذلك لم يَجُزْ إلَّا على مُدّةٍ .

فصل : ويجوزُ اسْتِئْجارُ ناسِخٍ لِيَنْسَخَ له كُتُبَ فِقْهٍ أو حَدِيثٍ ، أو شِعْرًا مُباحًا ، أو سِجِلَّاتٍ ، نَصَّ عليه ، فى رِوَايةِ مُثَنَّى بن جامِعٍ ، وسَألَه عن كِتَابةِ الحَدِيثِ

---

(١٥) الشيد : ما طلى به حائط من جص ونحوه .

(١٦) فى الأصل : « حائط » .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى ب : « السطوح » .

(١٩ - ١٩) فى الأصل : « فيها العالى والنازل » .

بالأَجْرِ ، فلم يَرَ به بَأْسًا . ولابدَّ من التَّقْدِيرِ بالمُدَّةِ أو العَمَلِ ، فإن قَدَّرَه بالعَمَلِ ، ذَكَرَ عَدَدَ الأَوْرَاقِ ، وقَدْرَها ، وعَدَدَ السُّطُورِ فى كلِّ وَرَقةٍ ، وقَدْرَ الحَوَاشِى ، ودِقَّةَ القَلَمِ وغِلَظَه . فإن عَرَفَ الخَطَّ بالمشَاهَدةِ ، جازَ ، وإن أَمْكَنَ ضَبْطُه بالصِّفَةِ ضَبَطَه ، وإلَّا فلابُدَّ من مُشَاهَدَتِه ؛ لأنَّ الأَجْرَ يَخْتَلِفُ باخْتِلافِه . ويَجُوزُ تَقْدِيرُ الأَجْرِ / بأَجْزاءِ الفَرْعِ ، ويجوزُ بأَجْزاءِ الأَصْلِ المَنْسُوخِ منه . وإن قَاطَعَه على نَسْخِ الأَصْلِ بأَجْرٍ واحدٍ ، جازَ . وإذا أَخْطَأَ بالشىءِ اليَسِيرِ ، الذى جَرَتِ العادَةُ به ، عُفِىَ عنه ؛ لأنَّ ذلك لا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ منه . وإن أَسْرَفَ فى الغَلَطِ ، بحيثُ يَخْرُجُ عن العادَةِ ، فهو عَيْبٌ يُرَدُّ به . قال ابنُ عَقِيلٍ : وليس له مُحَادَثَةُ غيرِه حالَ[20] النَّسْخِ ، ولا التَّشاغُلُ بما يَشْغَلُ سِرَّهُ ويُوجِبُ غَلَطَه ، ولا لغيرِه تَحْدِيثُه وشَغْلُه . وكذلك كُلُّ الأَعْمالِ التى تَخْتَلُّ بِشَغْلِ السِّرِّ والقَلْبِ ، كالقِصَارَةِ والنِّسَاجَةِ ، ونحوِهما .

91/5 ظ

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ مَن يَكْتُبُ له مُصْحَفًا ، فى قولِ أكثرِ أهْلِ العِلْمِ . ورُوِىَ ذلك عن جابرِ بن زَيْدٍ ، ومالكِ بن دِينارٍ . وبه قال أبو حَنِيفةَ ، والشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال ابنُ سِيرِينَ : لا بَأْسَ أن يَسْتَأْجِرَ الرَّجُلَ شَهْرًا ، ثم يَسْتَكْتِبَه مُصْحَفًا . وكَرِهَ عَلْقَمةُ كِتابَةَ المُصْحَفِ بالأَجْرِ[21] . ولَعَلَّه يرى أنَّ ذلك ممَّا يَخْتَصُّ فاعِلُه بكَوْنِه من أَهْلِ القُرْبةِ ، فكَرِهَ الأَجْرَ عليه ، كالصَّلَاةِ . ولَنا ، أنَّه فِعْلٌ مُباحٌ يجوزُ أن يَنُوبَ فيه الغيرُ عن الغيرِ ، فجازَ أَخْذُ الأَجْرِ عليه ، ككِتابةِ الحَدِيثِ ، وقد جاء فى الخَبَرِ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللهِ »[22] .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ لِحَصَادِ زَرْعِه . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا بين أَهْلِ العِلْمِ . وكان إبراهيمُ بن أَدْهَمَ يُؤْجِرُ نَفْسَه لِحَصَادِ الزَّرْعِ . ويجوزُ أن يُقَدِّرَه بمُدَّةٍ ، وبِعَمَلٍ مُعَيَّنٍ ،

---

(20) فى ب ، م : « حالة » .

(21) سقط من : الأصل .

(22) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب الشرط فى الرقية بقطيع من الغنم ، من كتاب الطب . صحيح البخارى 3/121 ، 7/171 . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع ، سنن الدارقطنى 3/65 .

مثل أن يُقاطِعَه على حَصادِ زَرْعٍ مُعيَّنٍ . ويجوزُ أن يَستأْجِرَ رَجُلًا لِسَقْيِ زَرْعِه ، وتَنْقِيَتِه ، ودِيَاسِه ، ونَقْلِه إلى مَوْضِعٍ مُعيَّنٍ . ويجوزُ أن يَستأْجِرَ رَجُلًا لِيَحْتَطِبَ له ؛ لأنَّه عَمَلٌ مُباحٌ تَدْخُلُه النِّيابةُ ، أشْبَهَ حَصادَ الزَّرْعِ . قال أحمدُ ، في رَجُلٍ اسْتأْجَرَ أجيرًا على أن يَحْتَطِبَ له على حِمارَيْنِ كلَّ يومٍ ، فكان الرَّجُلُ يَنْقُلُ عليهما وعلى حَميرٍ لِرَجُلٍ آخَرَ ، ويأْخُذُ منه الأُجْرَةَ . فإن كان يَدْخُلُ عليه ضَرَرٌ ، يَرْجِعُ عليه بالقِيمَةِ . فظاهِرُ هذا أنَّ المُسْتأْجِرَ يَرْجِعُ على الأجيرِ بقِيمَةِ ما اسْتَضَرَّ باشْتِغالِه[٢٣] عن عَمَلِه ؛ لأنَّه قال : إن كان يَدْخُلُ عليه ضَرَرٌ يَرْجِعُ عليه[٢٤] بالقِيمَةِ . فاعْتَبَرَ الضَّرَرَ ، وظاهِرُ هذا[٢٤] أنَّه إذا لم يَسْتَضِرَّ ، لا يَرْجِعُ بشيءٍ ؛ لأنَّه اكْتَراه لِعَمَلٍ ، فوَفَّاهُ على التَّمامِ ، فلم يَلْزَمْهُ شيءٌ ، كما لو اسْتأْجَرَه لِعَمَلٍ ، فكان يَقْرأُ القُرْآنَ في حال عَمَلِهِ ، فإن ضَرَّ المُسْتأْجِرَ ، رجَع[٢٥] عليه بقِيمَةِ ما فَوَّتَ عليه . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ أنَّه يَرْجِعُ عليه بقِيمَةِ ما عَمِلَه لغيرِه ؛ لأنَّه صَرَفَ مَنافِعَه المَعْقُودَ عليها إلى عَمَلِ غيرِ المُسْتأْجِرِ ، فكان عليه قِيمَتُها ، كما لو عَمِلَ لِنَفْسِه . وقال القاضي : / معناه أنَّه يَرْجِعُ عليه بالأجْرِ الذي أخَذَه من الآخَرِ ، لأنَّ مَنافِعَه في هذه المُدَّةِ مَمْلُوكةٌ لغيرِه ، فما حَصَلَ في مُقابَلَتِها يكونُ للذي اسْتأْجَرَه .

٩٢/٥ و

فصل : ويجوزُ الاسْتِئْجارُ لِاسْتِيفاءِ القِصَاصِ ، في النَّفْسِ[٢٦] وما دُونَها[٢٦] . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ في النَّفْسِ ؛ لأنَّ عَدَدَ الضَّرَباتِ تَخْتَلِفُ ، ومَوْضِعَ الضَّرَباتِ غيرُ مُتَعَيِّنٍ ، إذْ يُمْكِنُ أن يَضْرِبَ مِمَّا[٢٧] يَلِي الرَّأْسَ ومِمَّا[٢٧] يَلِي الكَتِفَ ، فكان مَجْهُولًا . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ يجوزُ التَّوْكِيلُ في اسْتِيفائِه ، لا يَخْتَصُّ فاعِلُه بكَوْنِه من أهْلِ القُرْبةِ ، فجازَ الاسْتِئْجارُ عليه ، كالقِصَاصِ في الطَّرَفِ . وقولُه : إنَّ عَدَدَ الضَّرَباتِ يَخْتَلِفُ ، وهو مَجْهُولٌ . يَبْطُلُ بخِياطةِ

---

(٢٣) في الأصل : « باستعماله » .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) في ب ، م : « يرجع » .

(٢٦ – ٢٦) في م : « فما دونهما » .

(٢٧ – ٢٧) سقط من : ب . نقل نظر .

الثَّوْبِ ، فإنَّ عَدَدَ الغرزَاتِ مَجْهُولٌ . وقولُه : إن مَحلَّه غيرُ مُتَعَيّنٍ . [28]قُلْنا : هو مُتَقَارِبٌ ، فلا يَمْنَعُ ذلك صِحَّتَه ، كمَوْضِعِ الخِيَاطةِ من حاشِيَةِ الثَّوْبِ . والأجْرُ على المُقْتَصِّ منه . وبهذا قال الشافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ : هو على المُسْتَوْفِى ، لأنَّه غيرُ مُتَعَيّنٍ[28] ، فليس على المُقْتَصِّ منه إلَّا التمْكِينُ ، كما لو اشْتَرَى ثَمرَةَ نَخْلِه . ولَنا ، أنَّه أجْرٌ يَجِبُ لإيفاءِ حَقٍّ ، فكان على المُوَفِّى ، كأجْرِ الكَيَّالِ والوَزَّانِ . وما ذَكَرُوه غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ القَطْعَ مُسْتَحَقٌّ عليه ، بخِلَافِ الثَّمرَةِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لو مَكَّنَهُ من القَطْعِ فلم يَقْطَعْ ، وقَطَعَه آخَرُ ، لم يَسْقُطْ حَقُّ صاحِبِ القِصَاصِ ، ولو كان التَّمْكِينُ[29] تَسْلِيمًا ، لسَقَطَ حَقُّه كالثمرَةِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِئْجارُ رَجُلٍ لِيَدُلَّه على طَرِيقٍ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ وأبا بكرٍ ، اسْتَأْجَرَا عبدَ اللهِ بن أُرَيْقِطٍ هادِيًا خِرِّيتًا[30] ، وهو الماهِرُ بالهِدَايةِ ، لِيَدُلَّهما على طَرِيقِ المَدِينةِ . ويجوزُ اسْتِئْجارُ كَيَّالٍ ، ووَزَّانٍ ، لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ ، أو فى مُدَّةٍ مَعْلُومةٍ . وبهذا قال مالِكٌ . والثَّورِىُّ ، والشّافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا . وقد رُوِىَ فى حَدِيثِ سُوَيْدِ بن قَيْسٍ : أتَانَا رسولُ اللهِ ﷺ ، فاشْتَرَى مِنَّا رَجُلٌ سَرَاوِيلَ ، وثَمَّ رَجُلٌ يَزِنُ بأجْرٍ ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « زِنْ ، وأَرْجِحْ » . رَوَاه أبو دَاوُدَ[31] . ويجوزُ اسْتِئْجارُ رَجُلٍ لِيُلَازِمَ غَرِيمًا يَسْتَحِقُّ مُلَازَمَتَهُ . وسُئِلَ أحمدُ عن ذلك ، فقال : لا بَأْسَ قد شَغَلَهُ . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : غيرُ هذا أعْجَبُ إلىَّ . كَرِهَه ؛ لأنَّه يَؤُولُ إلى الخُصُومَةِ ، وفيه تَضْيِيقٌ على مُسْلِمٍ ، ولَا يأْمَنُ أن يكونَ ظَالِمًا ، فيُسَاعِدَه على ظُلْمه ، لكنَّه جائِزٌ فى الجُمْلَةِ ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّه مُحِقٌّ ، فإنَّ الظاهِرَ أنَّ الحاكِمَ لا يَحْكُمُ إلَّا بِحَقٍّ ، ولهذا أجَزْنَا لِلمُوَكِّلِ فِعْلَه .

(28 - 28) سقط من : ب . نقل نظر .

(29) فى الأصل : « التمليك » .

(30) تقدم تخريجه فى صفحة 5 .

(31) تقدم تخريجه فى : 6/382 .

٩٢/٥ ظ

فصل : / ويجوزُ أن يَستأجِرَ سِمْسارًا ، يَشْتَرِى[٣٢] له ثِيابًا ، ورَخَّصَ فيه ابنُ سِيرِينَ ، وعَطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ . وكَرِهَه الثَّورِىُّ ، وحَمَّادٌ . ولَنا ، أنَّها مَنْفَعةٌ مُباحةٌ ، تجوزُ النِّيابةُ فيها ، فجازَ الاسْتِئْجارُ عليها ، كالبِناءِ . ويجوزُ على مُدّةٍ مَعْلومةٍ ، مثل أن يَسْتأْجِرَه عَشرَةَ أيامٍ يَشْتَرِى له فيها ؛ لأنَّ المُدَّةَ مَعْلُومةٌ ، والعَمَلَ مَعْلُومٌ ، أشْبَهَ الخَيَّاطَ والقَصَّارَ . فإنْ عَيَّنَ العَمَلَ دونَ الزَّمَانِ ، فجَعَلَ له مِن كلِّ ألْفِ دِرْهَمٍ شَيْئًا مَعْلُومًا ، صَحَّ أيضًا . وإن قال : كلَّما اشْتَرَيْتَ ثَوْبًا ، فلك[٣٣] دِرْهَمٌ أجْرًا . وكانت الثِّيابُ مَعْلُومةً بِصِفَةٍ ، أو مُقَدَّرةً بِثَمَنٍ ، جازَ . وإن لم يكُنْ كذلك ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يجوزُ ؛ لأنَّ الثِّيابَ تَختَلِفُ باخْتِلَافِ أثْمانِها ، والأجْرُ يَخْتَلِفُ باخْتِلافِها ، فإن اشْتَرَى ، فله أجْرُ مِثْلِه . وهذا قولُ أبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه عَمِلَ عَمَلًا بِعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فكان له أجْرُ المِثْلِ ، كسائِرِ الإجَاراتِ الفاسِدَةِ .

فصل : وإن اسْتأْجَرَهُ[٣٤] لِيَبِيعَ له ثِيَابًا بِعَيْنِها ، صَحَّ . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ذلك يَتَعَذَّرُ عليه ، فأشْبَهَ ضِرابَ الفَحْلِ ، وحَمْلَ الحَجَرِ الكَبِيرِ . ولَنا ، أنَّه عَمَلٌ مُباحٌ ، تجوزُ النِّيابةُ فيه ، وهو مَعْلُومٌ ، فجازَ [٣٥]الاسْتِئْجارُ عليه كشِرَاءِ الثِّيابِ ، ولأنَّه يجوزُ عَقْدُ الإجَارةِ عليه مُقَدَّرًا بزَمَنٍ[٣٥] ، فجازَ مُقَدَّرًا بعَمَلٍ[٣٦] ، كالخِيَاطةِ . وقولُهم : إنَّه غيرُ مُمْكِنٍ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ الثِّيابَ لا تَنْفَكُّ عن راغِبٍ فيها ، ولذلك صَحَّتِ المُضَارَبةُ ، ولا تكونُ إلَّا بالبَيْعِ والشِّرَاءِ ، بخِلَافِ ما قَاسُوا عليه ، فإنَّه مُتَعَذِّرٌ . وإن اسْتأْجَرَه على شِرَاءِ ثِيَابٍ مُعَيَّنةٍ ، احْتَمَلَ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا من واحِدٍ ، وقد لا يَبِيعُ ، فيَتَعَذَّرُ تَحْصِيلُ[٣٧] العَمَلِ بحُكْمِ

---

(٣٢) فى ب : « ليشترى » .
(٣٣) فى الأصل : « فله ألف » .
(٣٤) فى ب ، م : « استأجر » .
(٣٥ – ٣٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(٣٦) فى ب ، م : « بالعمل » .
(٣٧) فى الأصل : « حصول » .

الظاهِرِ ، بخِلَافِ البَيْعِ . وإن اسْتَأْجَرَه فى البَيْعِ لِرَجُلٍ بعَيْنِه ، فهو كما لو اسْتَأْجَرَه لِشِرَاءِ ثِيَابٍ بِعَيْنِها . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّه مُمْكِنٌ فى الجُمْلَةِ . فإن حَصَلَ من ذلك شىءٌ ، اسْتَحَقَّ الأجْرَ ، وإلَّا بَطَلَتِ الإجارةُ ، كما لو لم يُعَيِّن البائِعَ ولا المُشْتَرِىَ .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ لِخِدْمَتِه مَن يَخْدِمُه كلَّ شَهْرٍ ، بشىءٍ مَعْلُومٍ ، وسواءٌ كان الأجِيرُ رَجُلًا أو امْرَأةً ، حُرًّا أو عَبْدًا . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ؛ لأنَّه تَجوزُ النِّيابةُ فيه ، ولا يَخْتَصُّ عامِلُه بكَوْنه من أهْلِ القُرْبةِ . قال أحمدُ : أجيرُ المُشاهَرَةِ يَشْهَدُ الأعْيادَ والجُمْعَةَ ، ولا يَشْتَرِطُ ذلك . قيل له : فيَتَطَوَّعُ بالرَّكْعَتَيْنِ ؟ قال : ما لم يَضُرَّ بصَاحِبه . إنَّما أبَاحَ له[38] ذلك ؛ لأنَّ أوْقاتَ الصَّلاةِ مُسْتَثْناةٌ من الخِدْمةِ ، ولهذا وَقَعَتْ مُسْتَثْناةً فى حَقِّ المُعْتَكِفِ بتَرْكِ مُعْتَكَفِه لها . وقال ابنُ المُبَارِكِ : لا بَأْسَ أن يُصَلِّىَ الأجِيرُ رَكَعاتِ السُّنَّةِ . وقال / أبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : ليس له مَنْعُه منها . وقال أحمدُ : يجوزُ لِلرَّجُلِ أن يَسْتَأْجِرَ الأَمَةَ والحُرَّةَ لِلْخِدْمةِ ، ولكنْ يَصْرِفُ وَجْهَه عن النَّظَرِ ، ليست الأمَةُ مثلَ الحُرَّةِ ، ولا يَخْلُو معها فى بَيْتٍ ، ولا يَنْظُرُ إليها مُتَجَرِّدَةً ، ولا إلى شَعْرِها . إنَّما قال ذلك ؛ لأنَّ حُكْمَ النَّظَرِ بعد الإجارَةِ كحُكْمِه قبلَها ، وفَرَّقَ بين الأمَةِ والحُرَّةِ ؛ لأنَّهما يَخْتَلِفانِ قبل الإجارَةِ ، فكذلك بعدَها .

٩٣/٥ و

٨٩٨ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا مَاتَ المُكْرِى وَالْمُكْتَرِى ، أوْ أحَدُهُمَا ، فالْإجارةُ بِحَالِهَا)

هذا قولُ مالِكٍ ، والشّافِعِىِّ ، وإسحاقَ ، والْبَتِّىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، واللَّيْثُ : تَنْفَسِخُ الإجارَةُ بمَوْتِ أحَدِهِما ؛ لأنَّ اسْتِيفاءَ المَنْفَعةِ يَتَعَذَّرُ بالمَوْتِ ، لأنَّه اسْتَحَقَّ بالعَقْدِ اسْتِيفَاءَها على مِلْكِ المُؤْجِرِ ، فإذا ماتَ زالَ مِلْكُه عن العَيْنِ ، فانْتَقَلَتْ إلى وَرَثَتِه ، فالمَنَافِعُ تَحْدُثُ على مِلْكِ الوارِثِ ، فلا يَسْتَحِقُّ المُسْتَأْجِرُ اسْتِيفَاءَها ؛ لأنَّه ما عَقَدَ مع الوارِثِ ، وإذا ماتَ المُسْتَأْجِرُ ،

(٣٨) سقط من : الأصل ، ب .

لم يُمْكِنْ إيجابُ الأجْرِ فى تَرِكَتِه . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، فلا يَنْفَسِخُ بمَوْتِ العاقِدِ ، مع سَلَامةِ المَعْقُودِ عليه ، كما لو زَوَّجَ أمَتَه ثم ماتَ . وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ فإنَّا قد ذَكَرْنا أنَّ المُسْتَأْجِرَ قد مَلَكَ المَنافِعَ ، ومُلِكَتْ عليه الأُجْرَةُ كامِلَةً فى وَقْتِ العَقْدِ . ثم يَلْزَمُهم ما لو زَوَّجَ أمَتَه ثم ماتَ . ولو صَحَّ ما ذَكَرُوه ؛ لَكان[1] وُجُوب الأجْرِ ههُنا بِسَبَبٍ من المُسْتَأْجِرِ ، فوَجَبَ[2] فى تَرِكَتِه بعد مَوْتِه ، كما لو حَفَرَ بِئْرًا ، فوَقَعَ فيها شىءٌ بعدَ مَوْتِه ، ضَمِنَه من[3] مالِه ؛ لأنَّ سَبَبَ ذلك كان منه فى حالِ الحَيَاةِ ، كذا ههُنا .

فصل : وإن ماتَ المُكْتَرِى ، ولم يكُنْ له وارِثٌ يَقُومُ مَقَامَه فى اسْتِيفاءِ المَنْفَعةِ ، أو كان غائِبًا ، كمَن يَمُوتُ فى طَرِيقِ مَكَّةَ ، ويَخْلُفُ جَمَلَه الذى اكْتَرَاه ، وليس له عليه شىءٌ يَحْمِلُه ، ولا وارِثَ له حاضِرٌ يَقُومُ مَقَامَه ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّ الإِجَارةَ تَنْفَسِخُ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ ؛ لأنَّه قد جاءَ أمْرٌ غالِبٌ ، يَمْنَعُ المُسْتَأْجِرَ عن[4] مَنْفَعةِ العَيْنِ ، فأشْبَه ما لو غُصِبَتْ ، ولأنَّ بَقاءَ العَقْدِ ضَرَرٌ فى حَقِّ المُكْتَرِى والمُكْرِى ؛ لأنَّ المُكْتَرِىَ يَجِبُ عليه الكِرَاءُ من غيرِ نَفْعٍ ، والمُكْرِىَ يَمْتَنِعُ عليه التَّصرُّفُ فى مالِه ، مع ظُهُورِ امْتِناعِ الكِرَاءِ عليه . وقد نُقِلَ[5] عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ اكْتَرَى بَعِيرًا ، فماتَ المُكْتَرِى فى بعضِ الطَّرِيقِ ، فإن رَجَعَ البَعِيرُ خالِيًا ، فعليه بِقَدْرِ ما وَجَبَ له[4] ، وإن كان عليه ثِقْلُه ووِطَاؤُه ، فله الكِرَاءُ إلى المَوْضِعِ . وظاهِرُ / هذا أنَّه حَكَمَ بِفَسْخِ العَقْدِ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ ، إذا ماتَ المُسْتَأْجِرُ ، ولم يَبْقَ له[6] به انْتِفاعٌ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ اسْتِيفاءُ المَنْفَعةِ بأمْرٍ من اللهِ تعالى ، فأشْبَه ما لو اكْتَرَى من يَقْلَعُ له ضِرْسَه ، فبَرَأَ ، أو انْقَلَعَ

٩٣/٥ ظ

(١) فى النسخ : « لكن » .
(٢) فى النسخ : « فوجوب » .
(٣) فى الأصل : « فى » .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥) فى الأصل : « قيل » .
(٦) سقط من : م .

قبلَ قَلْعِه ، أو اكْتَرَى كَحَّالًا لِيَكْحَلَ عَيْنَه ، فبَرَأَتْ ، أو ذَهَبَتْ . ويَجِبُ أن يُقَدَّرَ أنَّه لم يكُنْ ثَمَّ من وَرَثَتِه مَن يَقُومُ مَقامَه فى الانْتِفَاعِ ؛ لأنَّ الوارِثَ يَقُومُ مَقامَ المَوْرُوثِ . وتَأَوَّلَها القاضى على أنَّ المُكْرِىَ قَبَضَ البَعِيرَ ، ومَنَعَ الوَرَثَةَ من[7] الانْتِفاعِ ، ولولا ذلك لما انْفَسَخَ العَقْدُ ؛ لأنَّه لا يَنْفَسِخُ بِعُذْرٍ فى المُسْتَأْجِرِ مع سَلَامةِ المَعْقُودِ عليه ، كما لو حُبِسَ مُسْتَأْجِرُ الدَّارِ ، ومُنِعَ من سُكْنَاها . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّه لو مَنَعَ الوارِثَ الانْتِفَاعَ ، لَما اسْتَحَقَّ شيْئًا من الأجْرِ . ويُفَارِقُ هذا ما لو حُبِسَ المُسْتَأْجِرُ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه انْتِفَاعُه ، وهذا لا يُؤْيَسُ منه بالحَبْسِ ، فإنَّه فى كلِّ وَقْتٍ يُمْكِنُ خُرُوجُه من الحَبْسِ وانْتِفَاعُه ، ويُمْكِنُ أن يَسْتَنِيبَ مَن يَسْتَوْفِى المَنْفَعةَ له[8] إما بأَجْرٍ أو غيرِه ، بخِلَافِ المَيِّتِ ، فإنَّه قد فاتَ انْتِفاعُه بِنَفْسِه ونائِبِه ، فأَشْبَهَ ما ذَكَرْنا من الصُّوَرِ[9] .

فصل : إذا أجَرَ المَوْقُوفُ عليه الوَقْفَ مُدَّةً ، فماتَ فى أَثْنائِها ، وانْتَقَلَ إلى مَنْ بعدَه ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا تَنْفَسِخُ الإِجارةُ ؛ لأنَّه أجَرَ مِلْكَه فى زَمَنِ وِلَايَتِه ، فلم يَبْطُلْ بمَوْتِه ، كما لو أجَرَ مِلْكَه الطَّلْقَ[10] . والثانى ، تَنْفَسِخُ الإجارَةُ فيما بَقِىَ من المُدّةِ ، لأنَّا تَبَيَّنَّا[11] أنَّه أجَرَ مِلْكَه ومِلْكَ غيرِه ، فصَحَّ فى مِلْكِه دُونَ مِلْكِ غيرِه ، كما لو أجَرَ دارَيْنِ أحدَهما له ، والأُخْرَى لغيرِه ؛ وذلك لأنَّ المَنافِعَ بعد المَوْتِ حَقٌّ لغيرِه ، فلا يَنْفُذُ عَقْدُه عليها من غيرِ مِلْكٍ ولا وِلَايةٍ ، بخِلَافِ الطَّلْقِ ، فإن الوارِثَ[12] يَمْلِكُه[13]

---

(7) سقط من : الأصل .

(8) سقط من : م .

(9) فى لأصل : « الضرر » .

(10) فى الأصل ، ب : « المطلق » .

(11) فى الأصل : « نتبين » .

(12) فى م : « المالك » .

(13) فى الأصل ، م : « يملك » .

من جِهَةِ المَوْرُوثِ ، فلا يَمْلِكُ إلَّا ما خَلفَه ، وما تَصرَّفَ فيه فى حَيَاتِه ، لا يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، والمَنافِعُ التى أجَرَها قد خَرَجَتْ عن مِلْكِه بالإجارةِ ، فلا تَنتَقِلُ إلى الوارِثِ . والبَطْنُ الثانى فى الوَقْفِ يَمْلِكُون من جِهَةِ الواقِفِ ، فما حَدَثَ فيها[14] بعدَ البَطْنِ الأوَّلِ كان مِلْكًا لهم ، فقد صادَفَ تَصرُّفَ المُؤْجِرِ فى[15] مِلْكِهم من غيرِ إذْنِهِمْ ، ولا وِلَايةَ له عليهم ، فلم يَصِحَّ . ويَتَخَرَّجُ أن تَبْطُلَ الإجارةُ كلُّها ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقةِ . وهذا التَّفْصِيلُ مذهبُ الشافِعِىِّ . فعلَى هذا إن كان المُؤْجِرُ قَبَضَ الأجْرَ كلَّه ، وقُلْنا : تَنْفَسِخُ الإجارةُ . فلِمَن انْتَقَلَ إليه الوَقْفُ[16] أخْذُه ، ويَرْجِعُ المُسْتَأْجِرُ على وَرَثَةِ المُؤْجِرِ بحِصَّةِ الباقِى من الأجْرِ . وإن قُلْنا : لا تَنْفَسِخُ . رَجَعَ من انْتَقَلَ إليه الوَقْفُ على التَّرِكَةِ بحِصَّتِه .

٥/٩٤ و /**فصل** : وإن أجَرَ الوَلِىُّ الصَّبِىَّ ، أو مالَه مُدَّةً ، فبَلَغَ فى أثْنائِها ، فقال أبو الخَطَّابِ : ليس له فَسْخُ الإجارةِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، عَقَدَه بحَقِّ الوِلَايةِ ، فلم يَبْطُلْ بالبُلُوغِ ، كما لو باعَ دارَه أو زَوَّجَه . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ الإجارةُ فيما بعدَ زَوَالِ الوِلَايةِ ، على ما ذَكَرْنا فى إجَارَةِ الوَقْفِ . ويَحْتَمِلُ أن يُفَرَّقَ بين ما إذا أجَرَه مُدَّةً يَتَحَقَّقُ بُلُوغُه فى أثْنائِها ، مثل إنْ أجَرَه عامَيْنِ وهو ابنُ أرْبَعَ عَشْرَةَ ، فتَبْطُلُ فى السادِسِ عَشَرَ ؛ لأنَّنا نَتَيَقَّنُ أنَّه أجَرَه فيها بعدَ بُلُوغِه . وهل تَصِحُّ فى الخامِسِ عَشَرَ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقةِ . وبين ما إذا لم يَتَحَقَّقْ بُلُوغُه فى أثْنائِها ، كالذى أجَرَه فى الخامِسِ عَشَرَ وَحْدَه ، فبَلَغَ فى أثْنائِه ، فيكونُ فيه ما قد ذَكَرْنا فى صَدْرِ الفَصْلِ ؛ لأنَّنا لو قُلْنا : يُلْزَمُ الصَّبِىُّ[17] بعدَ البُلوغِ[17] بعَقْدِ الوَلِىِّ مُدَّةً يَتَحَقَّقُ بُلُوغُه فيها ، أفْضَى إلى أن يَعْقِدَ على جَمِيعِ مَنافِعِه طولَ عُمْرِه ، وإلى أن يَتَصرَّفَ فيه فى غيرِ زَمَنِ وِلَايَتِه عليه ، ولا يُشْبِه النِّكاحَ ؛ لأنَّه

---

(١٤) فى ب : « منها » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) فى الأصل زيادة : « على » .

(١٧ – ١٧) سقط من : ب ، م .

لا يُمْكِنُ تَقْدِيرُ مُدَّتِه ، فإنَّه إنَّما يُعْقَدُ للأَبَدِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا بَلَغَ الصَّبِىُّ ، فله الخِيَارُ ؛ لأنَّه عَقَدَ على مَنَافِعِه فى حالٍ لا يَمْلِكُ التَّصَـرُّفَ فى نَفْسِه ، فإذا[18] مَلَكَ ، ثَبَتَ له الخِيَارُ ، كالأَمَةِ إذا أُعْتِقَتْ تحتَ زَوْجٍ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، عَقَدَ عليه قبلَ أن يَمْلِكَ التَّصَـرُّفَ ، فإذا مَلَكَهُ لم يَثْبُتْ له الخِيَارُ ، كالأَبِ إذا زَوَّجَ وَلَده . وما قَاسُوا عليه إنَّما يَثْبُتُ لها الخِيَارُ إذا عُتِقَتْ تحتَ عَبْدٍ ، لأَجْلِ العَيْبِ ، لا لما ذَكَرَه ، ولهذا لو عُتِقَتْ تحتَ حُرٍّ ، لم يَثْبُتْ لها الخِيَارُ . وإن ماتَ الوَلِىُّ المُؤْجِرُ لِلصَّبِىِّ أو مالِه ، أو عُزِلَ ، وانْتَقَلَتِ الوِلَايةُ إلى غيرِه ، لم يَبْطُلْ عَقْدُه ؛ لأنَّه تَصَرَّفَ ، وهو من أَهْلِ التَّصَـرُّفِ ، فى مَحلِّ وِلَايَتِه ، فلم يَبْطُلْ تَصَرُّفُه بمَوْتِه أو عَزْلِه ، كما لو ماتَ ناظِرُ الوَقْفِ أو عُزِلَ ، أو ماتَ الحاكِمُ بعدَ تَصَـرُّفِه فيما له النَّظَرُ فيه . ويُفَارِقُ ما لو أَجَرَ المَوْقُوفُ عليه الوَقْفَ مُدَّةً ، ثم ماتَ فى أَثْنائِها ؛ لأنَّه أَجَرَ مِلْكَ غيرِه بغيرِ إِذْنِه ، فى مُدَّةٍ لا وِلَايةَ له فيها ، وهٰهُنا إنَّما يَثْبُتُ لِلْوَلِىِّ الثانى الوِلَايَةُ [19]فى التَّصَرُّفِ[19] فيما لم يَتَصَرَّفْ فيه الأَوَّلُ ، وهذا العَقْدُ قد تَصَرَّفَ فيه الأَوَّلُ ، فلم تَثْبُتْ للثانى وِلَايةٌ على ما تَنَاوَلَهُ .

فصل : وإن أَجَرَ عَبْدَهُ مُدّةً ، ثم أَعْتَقَهُ فى أَثْنائِها ، صَحَّ العِتْقُ ، ولم يَبْطُلْ عَقْدُ الإِجَارَةِ ، فى قِيَاسِ المَذْهَبِ ، ولا يَرْجِعُ العَبْدُ على مَوْلَاه بشىءٍ . وهذا جَدِيدُ قَوْلَىِ الشافِعِىِّ . وقال / فى القَدِيمِ : يَرْجِعُ على مَوْلَاه بأَجْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّ المَنَافِعَ تُسْتَوْفَى منه بِسَبَبٍ كان من جِهَةِ السَّيِّدِ ، فرَجَعَ به عليه ، كما لو أَكْرَهَهُ بعد عِتْقِه على ذلك العَمَلِ . ولَنا ، أنَّها مَنْفَعةٌ استُحِقَّتْ بالعَقْدِ قبلَ العِتْقِ ، فلم يَرْجِعْ بِبَدَلِها . كما لو زَوَّجَ أَمَتَه ، ثم أَعْتَقَها بعدَ دُخُولِ الزَّوْجِ بها ، فإنَّ ما يَسْتَوْفِيه السَّيِّدُ لا يَرْجِعُ به عليه . ويُخالِفُ المُكْرَه ؛ فإنَّه تَعَدَّى بذلك ، وقال أبو حنيفةَ : لِلْعَبْدِ الخِيَارُ فى الفَسْخِ أو الإِمْضاءِ ، كالصَّبِىِّ إذا بَلَغَ ، لِلْمَعْنَى الذى ذَكَرَه ثَمَّ[20] . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ لازِمٌ ، عَقَدَه على

٩٤/٥ ظ

---

(١٨) فى الأصل : « فأما إذا » .

(١٩ – ١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) سقط من : الأصل .

ما يَمْلِكُه ، فلا يَنْفسِخُ بالعِتْقِ ، ولا يَزُولُ مِلْكُه عنه ، كما لو زَوَّجَ أَمَتَه ثم باعَها . إذا ثَبتَ هذا ، فإنَّ نَفَقَةَ العَبْدِ إن كانت مَشْرُوطةً على المُسْتَأْجِرِ ، فهى عليه كما كانتْ ، وإن لم تكنْ مَشْرُوطةً عليه[21] ، فهى على مُعْتِقِه ؛ لأنَّه[22] كالباقِى على مِلْكِه ، بدَلِيلِ أنَّه يَمْلِكُ عِوَضَ نَفْعِه ، ولأنَّ العَبْدَ لا يَقْدِرُ على نَفَقَةِ نَفْسِه ؛ لأنَّه مَشْغُولٌ بالإِجَارةِ ، ولا على المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ مَنْفَعَتَهُ بِعِوَضٍ غيرِ نَفَقَتِه ، لم يَبْقَ إلَّا أنَّها على المَوْلَى .

فصل : إذا أجَرَ عَيْنًا ، ثم باعَها ، صَحَّ البَيْعُ ، نَصَّ عليه أحمدُ ، سواءٌ باعَها لِلْمُسْتَأْجِرِ أو لغيرِه . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، فى أحَدِ قَوْلَيْه ، وقال فى الآخَرِ : إن باعَها لغير المُسْتَأْجِرِ ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّ يَدَ المُسْتَأْجِرِ حائِلَةٌ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ إلى المُشْتَرِى ، فمَنَعَتِ الصِّحَّةَ ، كما فى بَيْعِ المَغْصُوبِ . ولَنا ، أنَّ الإِجارةَ عَقْدٌ على المَنافِعِ ، فلم تَمْنَعِ الصِّحَّةَ ، كما لو زَوَّجَ أَمَتَه ، ثم باعَها . وقولُهم : يَدُ المُسْتَأْجِرِ حائِلَةٌ دُونَ التَّسْلِيمِ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ يَدَ المُسْتَأْجِرِ إنَّما هى على المَنافِعِ ، والبَيْعَ على الرَّقَبةِ ، فلا يَمْنَعُ ثُبُوتُ اليَدِ على أحَدِهما تَسْلِيمَ الآخَرِ ، كما لو باعَ الأَمَةَ المُزَوَّجَةَ ، ولِئن مَنَعَتِ التَّسْلِيمَ فى الحالِ ، فلا تَمْنَعُ فى الوَقْتِ الذى يَجِبُ التَّسْلِيمُ فيه ، وهو عند انْقِضَاءِ الإِجارةِ ، ويَكْفِى القُدْرةُ على التَّسْلِيمِ حينئذٍ ، كالمُسْلَمِ فيه . وقال أبو حنيفةَ : البَيْعُ مَوْقُوفٌ على إجَازَةِ المُسْتَأْجِرِ فإن أجَازَهُ جازَ ، وبَطَلَتِ الإِجَّارةُ ، وإن رَدَّهُ بطَلَ . ولَنا ، أنَّ البَيْعَ على غيرِ المَعْقُودِ عليه فى الإِجارةِ ، فلم تُعْتَبَرْ إجازَتُه ، كبَيْعِ الأَمَةِ المُزَوَّجَةِ . إذا ثَبتَ هذا ، فإنَّ المُشْتَرِىَ يَمْلِكُ المَبيعَ مَسْلُوبَ المَنْفَعةِ إلى حينِ انْقِضاءِ الإِجَارَةِ ، ولا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَ العَيْنِ إلَّا حينئذٍ ؛ لأنَّ تَسْلِيمَ العَيْنِ إنَّما يُرَادُ لِاسْتِيفاءِ نَفْعِها ، ونَفْعُها إنَّما يَسْتَحِقُّه إذا انْقَضَتِ الإِجَارةُ ، فيَصِيرُ هذا بِمَنْزِلةِ مَن اشْتَرَى عَيْنًا فى مكانٍ بَعِيدٍ ، / فإنَّه لا يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَها إلَّا بعدَ مُضِىِّ مُدَّةٍ يُمْكِنُ إحْضَارُها فيها . كالمُسْلِمِ إلى وَقْتٍ لا يَسْتَحِقُّ تَسَلُّمَ المُسْلَمِ فيه إلَّا فى وَقْتِه ، فإن لم يَعْلَمِ المُشْتَرِى

٩٥/٥ و

(٢١) سقط من : ب .

(٢٢) سقط من : الأصل .

بالإِجَارةِ ، فله الخِيَارُ بين الفَسْخِ وإمْضَاءِ البَيْعِ بكلِّ الثَّمَنِ ؛ لأنَّ ذلك عَيْبٌ ونَقْصٌ .

فصل : فإن اشْتَرَاها المُسْتَأْجِرُ ، صَحَّ البَيْعُ أيضا ؛ لأنَّه يَصِحُّ بَيْعُها لغيرِه ، فله أَوْلَى ، لأنَّ العَيْنَ فى يَدِه . وهل تَبْطُلُ الإجارةُ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، لا تَبْطُلُ ؛ لأنَّه مَلَكَ[٢٣] المَنْفَعةَ بِعَقْدٍ ، ثم مَلَكَ الرَّقَبةَ المَسْلُوبةَ بِعَقْدٍ آخَرَ ، فلم يَتَنَافَيا ، كما يَمْلِكُ الثَّمرةَ بِعَقْدٍ ، ثم يَمْلِكُ الأَصْلَ بِعَقْدٍ آخَرَ . ولو أجَرَ المُوصَى له بالمَنْفَعةِ مالِكَ الرَّقَبةِ ، صَحَّتِ الإجارَةُ ، فدَلَّ على أنَّ مِلْكَ المَنْفعةِ لا يُنَافِى العَقْدَ على الرَّقَبةِ . وكذلك لو اسْتَأْجَرَ المالِكُ العَيْنَ المُسْتَأْجَرةَ من مُسْتَأْجِرِها ، جازَ . فعلى هذا يكونُ الأجْرُ باقِيًا على المُشْتَرِى ، وعليه الثمنُ ، ويَجْتَمِعانِ لِلْبائعِ ، كما لو كان المُشْتَرِى غيرَه . والثانى ، تَبْطُلُ الإجارةُ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ ؛ لأنَّه عَقَدَ على مَنْفعةِ العَيْنِ ، فبَطَلَ مِلْكُ العاقِدِ لِلْعَيْنِ ، كالنِّكاحِ ، فإنَّه لو تَزَوَّجَ أَمَةً ، ثم اشْتَرَاها ، بَطَلَ نِكاحُه ، ولأنَّ مِلْكَ الرَّقَبةِ يَمْنَعُ ابْتِداءَ الإجارَةِ ، فَمنَعَ اسْتِدامَتَها ، كالنِّكاحِ . فعلَى هذا ، يَسْقُطُ عن المُشْتَرِى الأجْرُ فيما بَقِىَ من مُدَّةِ الإجارَةِ ، كما لو بَطَلَتِ الإجارةُ بتَلَفِ العَيْنِ . وإن كان المُؤْجِرُ قد قَبَضَ الأجْرَ كلَّه ، حَسَبَ عليه باقِىَ الأجْرِ من الثَّمَنِ .

فصل : وإن وَرِثَ المُسْتَأْجِرُ العَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ ، فالحُكْمُ فيه كما لو اشْتَرَاها ، فى بُطْلانِ الإجَارةِ أو بَقائِها ، إلَّا أنَّه لا فَرْقَ فى الحُكْمِ بين فَسْخِ الإجَارةِ وبَقائِها ، فلو اسْتَأْجَرَ إنْسانٌ من أبِيه دارًا ، ثم ماتَ أبُوه ، وخَلَفَ ابْنَيْنِ ، أحدُهما هو المُسْتَأْجِرُ ، فإنَّ الدَّارَ تكونُ بينهما نِصْفَيْنِ ، والمُسْتَأْجِرُ أحَقُّ بها ؛ لأنَّ النِّصْفَ الذى لأخِيه الإجارَةُ باقِيةٌ فيه ، والنِّصْفَ الذى وَرِثَه يَسْتَحِقُّه ، إمَّا بحُكْمِ المِلْكِ ، وإمَّا بحُكْمِ الإجَارَةِ ، وما عليه من الأجْرِ بينهما نِصْفَيْنِ . وإن كان أبوه قد قَبَضَ الأجْرَ ، لم يَرْجِعْ بشىءٍ منه على أخِيه ، ولا تَرِكَةِ أبيه ، ويكونُ ما خَلَفَه أبُوه بينهما نِصْفَيْنِ ؛ لأنَّه لو رَجَعَ بشىءٍ أفْضَى إلى أن يكونَ قد وَرِثَ النِّصْفَ بمَنْفَعَتِه[٢٤] ، ووَرِثَ أخُوه نِصْفًا مَسْلُوبَ

---

(٢٣) فى م : « تملك » .

(٢٤) فى الأصل : « بالمنفعة » .

المَنْفَعَةِ ، واللهُ سُبْحانَه قد سَوَّى بينهما في المِيرَاثِ . ولأنَّه لو رَجَعَ بِنِصْفِ أجْرِ النِّصْفِ الذى انْتَقَضَتِ الإجارَةُ فيه ، لَوَجَبَ أن يَرْجِعَ أخُوه بِنِصْفِ المَنْفَعةِ التى انْتَقَضَتِ الإجَارَةُ فيها ، إذْ لا يُمْكِنُ أن يُجْمَعَ له بين المَنْفَعةِ / وأخْذِ عِوَضِها من غيرِه . ٩٥/٥ ظ

فصل : وإن اشْتَرَى المُسْتَأْجِرُ العَيْنَ ، ثم وَجَدَها مَعِيبةً ، فرَدَّها ، فإن قُلْنا : لا تَنْفَسِخُ الإجارةُ بالبَيْعِ . فهى باقِيةٌ بعد رَدِّ العَيْنِ كما كانتْ قبلَ البَيْعِ . وإن قُلْنا : قد انْفَسَخَتْ . فالحُكْمُ فيها كما لو انْفَسَخَتْ بتَلَفِ العَيْنِ . وإن كان المُشْتَرِى أجْنَبِيًّا ، فرَدَّ المُسْتَأْجِرُ الإجارَةَ لِعَيْبٍ ، فيَنْبَغِى أن تَعُودَ المَنْفَعةُ إلى البائِعِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ عِوَضَها على المُسْتَأْجِرِ ، فإذا سَقَطَ العِوَضُ ، عادَ إليه المُعَوَّضُ . ولأنَّ المُشْتَرِىَ مَلَكَ العَيْنَ مَسْلُوبَةَ المَنفَعةِ ، مُدّةَ الإجَارَةِ ، فلا يَرْجِعُ إليه ، ما لم يَمْلِكْهُ . وقال بعضُ أصْحابِ الشّافِعِىِّ : يَرجِعُ إلى[25] المُشْتَرِى ؛ لأنَّ المَنْفَعةَ تابِعَةٌ لِلرَّقَبةِ ، وإنَّما اسْتُحِقَّتْ بِعَقْدِ الإجَارَةِ ، فإذا زالتْ عادَتْ إليه ، كما لو اشْتَرَى أمَةً مُزَوَّجةً ، فطَلَّقَها[26] الزَّوْجُ . ولا يَصِحُّ هذا القِيَاسُ ؛ فإنَّ مَنْفَعَةَ البُضْعِ قد اسْتَقَرَّ عِوَضُها للبائِعِ بمُجَرَّدِ دُخُولِ الزَّوْجِ بها ، ولا يَنْقَسِمُ العِوَضُ على المُدَّةِ ، ولهذا لا يَرْجِعُ الزَّوجُ بشيءٍ من الصَّدَاقِ فيما إذا انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، أو وَقَعَ الطَّلَاقُ ، بخِلَافِ الأجْرِ فى الإجَارَةِ ؛ فإنَّ المُؤْجِرَ يَسْتَحِقُّ الأجْرَ فى مُقَابَلَةِ المَنْفَعةِ مَقسُومًا على مُدَّتِها ، فإذا كان له عِوَضُ المَنْفَعةِ المُسْتَقْبَلَةِ ، فزَالَ بالفَسْخِ ، رَجَعَ إليه مُعَوَّضُها ، وهو المَنْفَعةُ . ولأنَّ مَنْفَعةَ البُضْعِ لا يجوزُ أن تُمْلَكَ بغيرِ مِلْكِ الرَّقَبةِ أو النِّكاحِ ، فلو رَجَعَتْ إلى البائعِ ، لَمُلِكَتْ بغيرِهما . ولأنَّها ممَّا لا يجوزُ لِلزَّوْجِ نَقْلُها إلى غيرِه ، ولا المُعَاوَضَةُ عنها ، ومَنْفَعةُ البَدَنِ بخِلَافِها .

فصل : وإذا وَقَعَتِ الإجارَةُ على عَيْنٍ ، مثل أن يَسْتَأْجِرَ عَبدًا لِلْخِدْمةِ ، أو لرِعَايةِ الغَنَمِ ، أو جَمَلًا لِلْحَمْلِ أو لِلرُّكُوبِ ، فتَلِفَتْ ، انْفَسَخَ العَقْدُ بتَلَفِها . وإن خَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً ، تَبَيَّنَّا أن العَقْدَ باطِلٌ . وإن وَجَدَ بها عَيْبًا فرَدَّها ، انْفَسَخَ العَقْدُ ، و لم يَمْلِكْ

---

(٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) فى الأصل : « ثم طلقها » .

إبْدَالَها ؛ لأنَّ العَقْدَ على مُعَيَّنٍ ، فثَبَتَتْ هذه الأحْكامُ ، كما لو اشْتَرَى عَيْنًا . وإن وَقَعتْ على عَيْنٍ مَوْصُوفةٍ فى الذِّمَّةِ ، انْعَكَسَتْ هذه الأحْكَامُ ، فمتى سَلَّمَ إليه[27] عَيْنًا فتَلِفَتْ ، لم تَنْفَسِخِ الإجَارةُ ، ولَزِمَ المُؤْجِرَ إبْدالُها . وإن خَرَجَتْ مَغْصُوبةً ، لم يَبْطُلِ العَقْدُ ، ولَزِمَهُ بَدَلُها . وإن وَجَدَ بها عَيْبًا فرَدَّها ، فكذلك ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه غيرُ هذه العَيْنِ ، وهذه بَدَلٌ عنه ، فلم يُؤَثِّرْ تَلَفُها ، ولا غَصْبُها ، ولا رَدُّها بعَيْبٍ ، فى إبْطالِ العَقْدِ ، كما لو اشْتَرَى بثَمَنٍ فى الذِّمّةِ ، على ما قُرِّرَ فى مَوْضِعِه . فإن قِيلَ : فقد قُلْتُم فى[28] من اكْتَرَى جَمَلًا لِيَرْكَبَه ، جازَ أن يَرْكَبَه مَنْ هو مِثْلُه . ولو اكْتَرَى أرْضًا لِزَرْعِ شىءٍ بعَيْنِه ، جازَ له زَرْعُ / ما هو مِثْلُه[29] أو دُونَه فى الضَّرَرِ ، فلِمَ قُلْتُم : إذا اكْتَرَى جَمَلًا بعَيْنِه لا يجوزُ أن يُبْدِلَه ؟ قُلْنا : لأنَّ المَعْقُودَ عليه[30] مَنْفَعةُ العَيْنِ ، فلم يَجُزْ أن يَدْفَعَ إليه غيرَ المَعْقُودِ عليه ، كما لو اشْتَرَى عَيْنًا ، [31]لا يَجُوزُ[31] أن يَأْخُذَ غيرَها . والرّاكِبُ غيرُ مَعْقُودٍ عليه ، إنَّما هو مُسْتَوْفٍ لِلْمَنْفَعةِ ، وإنما تُشْتَرَطُ مَعْرِفَتُه [32]لِتُقَدَّر به[32] المَنْفَعةُ[30] ، لا لِكَوْنِه مَعْقودًا عليه . وكذلك الزَّرْعُ فى الأرْضِ ، فإنّما يُعَيَّنُ لِيُعْرَفَ به قَدْرُ المَنْفَعةِ المُسْتَوْفاةِ ، فيَجوزُ الاسْتِيفاءُ بغيرِها ، كما لو وَكَّلَ المُشْتَرِى غيرَه فى اسْتِيفاءِ المَبِيعِ ، ألا تَرَى أنَّه لو تَلِفَ البَعِيرُ أو الأرْضُ ، انْفَسَخَتِ الإجَارةُ ، ولو ماتَ الرَّاكِبُ ، أو تَلِفَ البَذْرُ ، لم تَنْفَسِخِ الإجَارةُ ، وجازَ أن يَقُومَ غيرُه مَقَامَه ، فافْتَرَقَا .

٩٦/٥ و

---

(٢٧) فى ب : « إليها » .
(٢٨) سقط من : م .
(٢٩) سقط من : الأصل .
(٣٠) سقط من : ب .
(٣١ – ٣١) فى ب : « لم يجز » .
(٣٢ – ٣٢) فى م : « لتقدير » .

٨٩٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَقَارًا ، فَلَهُ أن يُسْكِنَهُ غَيْرَهُ إذَا كَانَ يَقُومُ مَقَامَهُ**)

وجملتُه أنَّ من اسْتَأْجَرَ عَقَارًا لِلسُّكْنَى ، فله أن يَسْكُنَه ، ويُسْكِنَ فيه مَن شاءَ ممَّن يَقُومُ مَقَامَه فى الضَّرَرِ ، أو دُونَه ، ويَضَعُ فيه ما جَرَتْ عادةُ السّاكِنِ به ، من الرَّحْلِ[1] والطَّعَامِ ، ويَخْزُنُ فيها الثِّيابَ وغيرَها ممَّا لا يَضُرُّ بها ، ولا يُسْكِنُها ما يَضُرُّ بها ، مثل القَصَّارِينَ والحَدّادِينَ ؛ لأنَّ ذلك يَضُرُّ بها . ولا يَجْعَلُ فيها الدَّوَابَّ ؛ لأنَّها تَرُوثُ فيها وتُفْسِدُها . ولا يَجْعَلُ فيها السَّرْجِينَ[2] ، ولا رَحًى ، ولا شَيْئًا يَضُرُّ بها . ولا يجوزُ أن يَجْعَلَ فيها شيئًا ثَقِيلًا فوق سَقْفٍ ؛ لأنَّه يُثْقِلُه ويَكْسِرُ خَشَبَه . ولا يَجْعَلُ فيها شيئًا يَضُرُّ بها ، إلَّا أن يَشْتَرِطَ ذلك . وبهذا قال الشافِعِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا . وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّ له اسْتِيفاءَ المَعْقُودِ عليه بنَفْسِه ونائِبِه ، والذى يَسْكُنُه نائِبٌ عنه فى اسْتِيفاءِ المَعْقُودِ عليه ، فجازَ ، كما لو وَكَّلَ وَكِيلًا فى قَبْضِ المَبِيعِ ، أو دَيْنٍ له . و لم يَمْلِكْ فِعْلَ ما يَضُرُّ بها ؛ لأنَّه فوقَ المَعْقُودِ عليه ، فلم يكُنْ له فِعْلُه ، كما لو اشْتَرَى شيئا لم يَمْلِكْ أخذَ أكْثَرَ منه . فأمَّا أن يَجْعَلَ الدّارَ مَخْزَنًا لِلطَّعامِ ، فقد قال أصْحابُنا : يجوزُ ذلك ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَجْعَلَها مَخْزَنًا لغيره . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ؛ لأنَّ ذلك يُفْضِى إلى تَخْرِيقِ النَّارِ أرْضَها وحِيطَانَها ، وذلك ضَرَرٌ لا يَرْضَى به صاحِبُ الدّارِ .

فصل : وإذا اكْتَرَى دارًا ، جازَ إطْلَاقُ العَقْدِ ، ولم يَحْتَجْ إلى ذِكْرِ السُّكْنَى ، ولا صِفَتِها . وهذا قول الشافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يجُوزُ ، حتى يقولَ : أَبِيتُ تَحْتَها أنا وعِيَالِى ؛ لأنَّ السُّكْنَى تَخْتَلِفُ ، ولو اكْتَراها لِيَسْكُنَها ، فتَزَوَّجَ امْرَأةً ، لم يكُنْ له أن يُسْكِنَها معه . / ولَنا ، أنَّ الدَّارَ لا تُكْتَرَى إلَّا لِلسُّكْنَى ، ٩٦/٥ ظ

(١) فى م : « الرحال » .
(٢) السرجين : الزبل .

فاسْتُغْنِىَ عن ذِكْرِه ، كإطْلَاقِ الثَّمَنِ فى بَلَدٍ فيه نَقْدٌ مَعْرُوفٌ (٣به ، والتَّفَاوُتُ فى السُّكْنَى يَسِيرٌ ، فلم يَحْتَجْ إلى ضَبْطِه٣) ، وما ذَكَرَه لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ الضَّرَرَ لا يكادُ يَخْتَلِفُ بكَثْرةِ مَنْ يَسْكُنُ[٤] وقِلَّتِهم ، ولا يُمْكِنُ ضَبْطُ ذلك ، فاجْتُزِئَ فيه بالعُرْفِ ، كما فى دُخُولِ الحَمَّامِ وشِبْهِه . ولو اشْتَرَطَ ما ذَكَرَه ، لَوَجَبَ أن يَذْكُرَ عَدَدَ السُّكَّانِ ، وأن لا يَبِيتَ عندَه ضَيْفٌ ، ولا زائِرٌ ، ولا غيرُ مَن ذَكَرَه ، ولكان يَنْبَغِى أن يَعْلَمَ صِفَةَ السّاكِنِ ، كما يَعْلَمُ ذلك فيما إذا اكْتَرَى لِلرُّكُوبِ .

فصل : وإذا اكْتَرَى ظَهْرًا لِيَرْكَبَه ، فله أن يُرْكِبَه مِثْلَه ، ومَن هو أخَفُّ منه ، ولا يُرْكِبُه مَن هو أثْقَل منه ؛ لأنَّ العَقْدَ اقْتَضَى اسْتِيفَاءَ مَنْفَعَةٍ مُقَدَّرَةٍ بذلك الرَّاكِبِ ، فله أن يَسْتَوْفِيَ ذلك بِنَفْسِه ونائِبِه ، وله أن يَسْتَوْفِيَ أقَلَّ منه ؛ لأنَّه يَسْتَوْفِى بعضَ ما يَسْتَحِقُّه ، وليس له اسْتِيفَاءُ أكْثَرَ منه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ أكْثَرَ ممَّا عَقَدَ عليه . ولا يُشْتَرَطُ التَّسَاوِى فى الطُّولِ والقِصَرِ ، ولا المَعْرِفَةِ بالرُّكُوبِ . وقال القاضِى : يُشْتَرَطُ أن يكونَ مِثْلَه فى هذه الأَوْصافِ كلِّها ؛ لأنَّ قِلَّةَ المَعْرِفَةِ بالرُّكُوبِ تُثْقِلُ على المَرْكُوبِ ، وتَضُرُّ به . قال الشاعر :

لم يَرْكَبُوا الخَيْلَ إلَّا بَعْدَ ما كَبِرُوا ... فَهُمْ ثِقَالٌ على أعْجازِهَا عُنُفُ[٥]

ولنَا ، أنَّ التَّفَاوُتَ فى هذه الأُمُورِ بعدَ التَّساوِى فى الثِّقَلِ يَسِيرٌ ، فعُفِىَ عنه ، ولهذا لا يُشْتَرَطُ ذِكْرُه فى الإجَارةِ ، ولو اعْتُبِرَ ذلك لاشْتُرِطَتْ مَعْرِفَتُه فى الإجارَةِ ، كالثِّقَلِ والخِفَّةِ .

فصل : فإن شَرَطَ أن لا يَسْتَوْفِىَ المَنْفَعةَ بمِثْلِه ، ولا بمن[٦] هو دُونَه ، فقِيَاسُ

(٣ - ٣) سقط من : ب .

(٤) فى الأصل : « سكن » .

(٥) فى م : « فهم ثقيل » . والبيت فى اللسان ، والتاج (ع ن ف) .

(٦) فى ب ، م : « من » .

قولِ أصْحابِنا صِحَّةُ العَقْدِ ، وبُطْلانُ الشَّرْطِ ، (٧فإنَّ القاضِيَ٧) قال فى مَن شَرَطَ أن يَزْرَعَ فى الأرْضِ حِنْطةً ، ولا يَزْرَعَ غيرَها : يَبْطُلُ الشَّرْطُ ، ويَصِحُّ العَقْدُ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ الشَّرْطُ . وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحاب الشافِعِىِّ ؛ لأنَّ المُسْتَأْجِرَ يَمْلِكُ المَنَافِعَ من جِهَةِ المُؤْجِرِ ، فلا يَمْلِكُ ما لم يَرْضَ به ، ولأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى تَخْصِيصِه باسْتِيفاءِ هذه المَنْفَعةِ . وقالوا فى الوَجْهِ الآخر : يَبْطُلُ الشَّرْطُ ؛ لأنَّه يُنَافِى مُوجَبَ العَقْدِ ، إذ مُوجَبُه مِلْكُ المَنْفَعةِ ، والتَّسَلُّطُ على اسْتِيفائِها بنَفْسِه وبِنَائِبِه ، واسْتِيفاءُ بعضِها بنَفْسِه ، وبعضِها بنَائِبِه ، والشَّرْطُ يُنَافِى ذلك ، فكان باطِلًا . وهل يُبْطِلُ به العَقْدَ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أصَحُّهما ، لا يُبْطِلُه ؛ لأنَّه لا يُؤَثِّرُ فى حَقِّ المُؤْجِرِ نَفْعًا ولا ضَرًّا ، فأُلْغِىَ ، وبَقِىَ العَقْدُ على مُقْتَضَاه . والآخَرُ يُبْطِلُه ؛ لأنَّه يُنَافِى مُقْتَضَاه ، فأشْبَهَ ما لو شَرَطَ أن لا يَسْتَوْفِىَ المَنافِعَ .

٩٧/٥ و /**فصل** : ويجوزُ للْمُسْتَأْجِرِ أن يُؤْجِرَ العَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ إذا قَبَضَها . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، وابنِ سِيرِينَ ، ومُجاهِدٍ ، وعِكْرِمَةَ ، وأبى سَلَمةَ(٨) بن عبد الرحمنِ ، والنَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْى . وذَكَرَ القاضى فيه رِوَايةً أخرى ، أنَّه لا يجوزُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ(٩) . والمَنَافِعُ لم تَدْخُلْ فى ضَمَانِه . (١٠ولأنَّه عَقَدَ على ما لم يَدْخُلْ فى ضَمَانِه١٠) ، فلم يَجُزْ ، كبَيْعِ المَكِيلِ والمَوْزُونِ قبلَ قَبْضِه . والأولُ أصَحُّ ؛ لأنَّ قَبْضَ العَيْنِ قامَ مَقَامَ قَبْضِ المَنافِعِ ، بِدَلِيلِ أنَّه يجوزُ التَّصَرُّفُ فيها ، فجازَ العَقْدُ عليها ، كبَيْعِ الثَّمَرةِ على الشَّجَرةِ . ويَبْطُلُ قِيَاسُ الرِّوَايةِ الأُخْرَى بهذا(١١) الأصْلِ . إذا ثَبَتَ

(٧ – ٧) فى الأصل ، م : « فإنه » .
(٨) فى م : « وأبى سليمان » . خطأ .
(٩) تقدم تخريجه فى : ٣٣٤/٦ .
(١٠ – ١٠) سقط من : الأصل .
(١١) فى ب ، م : « لهذا » .

هذا[١٢] فإنَّه لا تَجوزُ إجارَتُه إلَّا لمن[١٣] يَقُومُ مَقامَه ، أو دُونَه فى الضَّررِ ؛ لما تَقَدَّمَ . فأما إجَارَتُها[١٤] قبلَ قَبْضِها ، فلا تجوزُ من غيرِ المُؤْجرِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والمَشْهُورُ من قَوْلَيِ الشافِعِىّ ؛ لأنَّ المَنافِعَ مَمْلُوكةٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضةٍ ، فاعْتُبِرَ فى جَوَازِ العَقْدِ عليها القَبْضُ ، كالأعْيانِ . والآخَرُ ، يَجوزُ ، وهو قولُ بعضِ الشافِعِيّةِ ؛ لأنَّ قَبْضَ العَيْنِ لا يَنْتَقِلُ به الضَّمَانُ إليه ، فلم يَقِفْ جَوَازُ التَّصرُّفِ عليه . فأمَّا إجَارَتُها قبلَ القَبْضِ من المُؤْجِرِ ، فإذا قُلْنا : لا يجوزُ من غير المُؤْجرِ . كان فيها هٰهُنا وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه عَقَدَ عليها قبلَ قَبْضِها . والثانى ، يجوزُ ؛ لأنَّ القَبْضَ لا يَتعَذَّرُ عليه ، بخِلَافِ الأجْنَبِىّ . وأصْلُهُما بَيْعُ الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه لا يَصِحُّ من غيرِ بائِعِه ، رِوَايةً واحِدَةً ، وهل يَصِحُّ من بائِعِه ؟ على رِوَايَتَيْنِ . فأمَّا إجارَتُها بعد قَبْضِها من المُؤْجرِ ، فجائِزةٌ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ ؛ لأنَّ ذلك يُؤَدِّى إلى تَنَاقُضِ الأحْكامِ ، لأنَّ التَّسْلِيمَ مُسْتَحَقٌّ على [١٥]الكِرَاءِ ، فإذا[١٥] اكْتَرَاها صارَ مُسْتَحِقًّا له ، فيَصِيرُ مُسْتَحِقًّا لما يُسْتَحَقُّ عليه ، وهذا تَناقُضٌ . ولَنا ، أنَّ كلَّ عَقْدٍ جازَ مع غيرِ العاقِدِ ، جازَ مع العاقِدِ ، كالبَيْعِ ، وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ التَّسْلِيمَ قد حَصَلَ ، وهذا المُسْتَحقُّ له تَسْلِيمٌ آخر . ثم يَبْطُلُ بالبَيْعِ ، فإنَّه يسْتَحقُّ عليه تَسْلِيمُ العَيْنِ ، فإذا اشْتَرَاها اسْتَحَقَّ تَسْلِيمَها . فإن قيل : التَّسْلِيمُ هٰهُنا مُستَحقٌّ فى جَميعِ المُدّةِ ، بخِلَافِ البَيْعِ . قُلْنا : المُسْتَحقُّ تَسْلِيمُ العَيْنِ ، وقد حَصَلَ ، وليس عليه[١٦] تَسْلِيمٌ آخَرُ ، غيرَ أنَّ العَيْنَ مِن ضَمَانِ المُؤْجرِ ، فإذا تَعَذَّرَتِ المَنافِعُ بِتَلَفِ الدّارِ أو غَصْبِها[١٧] ، رَجَعَ عليه ؛ لأنَّها تَعَذَّرَتْ بِسَبَبٍ كان فى ضَمانِه .

---

(١٢) سقط من : م .

(١٣) فى ب : « أن » .

(١٤) فى الأصل : « إجارته بها » .

(١٥ – ١٥) فى الأصل : « المكترى فأما إذا » .

(١٦) فى ب : « له » .

(١٧) فى ب ، م : « وغصبها » .

فصل : ويجوزُ لِلْمُسْتَأْجِرِ إجارَةُ العَيْنِ ، بمِثْلِ الأَجْرِ وزِيَادَة . نَصَّ عليه أحمدُ . ورُوِى ذلك عن عَطاءٍ ، والحسَنِ ، والزُّهْرِىِّ . وبه قال الشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وعن أحمدَ ، أنَّه إن أحْدَثَ / فى العَيْنِ زِيَادةً ، جازَ له أن يُكْرِيَها بزِيَادَةٍ ، وإلَّا لم تَجُز الزِّيَادَةُ ، فإن فَعَلَ ، تَصَدَّقَ بالزِّيادةِ . رَوَى هذا الشَّعْبِىُّ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ؛ لأنَّه يَرْبَحُ بذلك فيما لم يضْمَنْ ، وقد نَهَى النبىُّ ﷺ عن رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ[18] ، ولأنَّه يَرْبَحُ فيما لم يضْمَنْ ، فلم يَجُزْ ، كما لو رَبِحَ فى الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه . ويُخالِفُ ما إذا عَمِلَ عَمَلًا فيها ؛ لأنَّ الرِّبْحَ فى مُقَابلَةِ العَمَلِ . وعن أحمدَ ، رِوَايةٌ ثالِثةٌ ، إن أَذِنَ له المالِكُ فى الزِّيادَةِ ، جازَ ، وإلَّا لم يَجُزْ . وكَرِهَ ابنُ المُسَيَّبِ ، وأبو سَلَمةَ ، وابنُ سِيرِينَ ، ومجاهِدٌ ، وعِكْرِمَةُ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، الزِّيادَةَ مُطْلَقا ؛ لِدُخُولِها فى رِبْحِ ما لم يُضْمَنْ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ يجوزُ بِرَأْسِ المالِ ، فجازَ بزِيَادةٍ ، كَبَيْعِ المَبِيعِ بعدَ قَبْضِه ، وكما لو أحْدَثَ عِمَارةً لا يُقَابِلُها جُزْءٌ من الأَجْرِ ، وأمَّا الخَبَرُ ، فإنَّ المَنَافِعَ قد دَخَلَتْ فى ضَمَانِه من وَجْهٍ ، فإنَّها لو فاتَتْ من غير اسْتِيفَائه ، كانت من ضَمَانِه . ولا يَصِحُّ القِياسُ على بَيْعِ الطَّعامِ قبلَ قَبْضِه ؛ فإنَّ البَيْعَ مَمْنُوعٌ منه بالكُلِّيَّةِ ، سواءٌ رَبِحَ أو لم يَرْبَحْ ، وهٰهُنا جائِزٌ فى الجُمْلةِ ، وتَعْلِيلُهُم بأنَّ الرِّبْحَ فى مُقَابلةِ عَمَلِه ، مُلْغًى بما إذا كَنَسَ الدّارَ ونَظَّفَها ، فإنَّ ذلك يَزِيدُ فى أجْرِهَا فى العادَةِ .

فصل : ونَقَلَ الأَثْرَمُ ، عن أحمدَ ، أنَّه سَأَلَهُ عن الرَّجُلِ يَتقَبَّلُ العَمَلَ من الأَعْمالِ ، فَيُقَبِّلُهُ بأقَلَّ من ذلك ، أيَجوزُ له الفَضْلُ ؟ قال : ما أدْرِى ، هى مَسْأَلَةٌ فيها بعضُ الشىءِ . قلتُ : أليس كان الخَيَّاطُ أسْهَلَ عندَك ، إذا قَطَعَ الثَّوْبَ ، أو غيرَه إذا عَمِلَ فى العَمَلِ شيئا ؟ قال : إذا عَمِلَ عَمَلًا فهو أسْهَلُ . قال النَّخَعِىُّ : لا بَأْسَ أن يَتَقَبَّلَ الخَيّاطُ الثِّيابَ بأجْرٍ مَعْلُومٍ ، ثم يُقَبِّلُها بعدَ ذلك بعدَ أن يُعِينَ فيها ، أو يَقْطَعَ ، أو يُعْطِيَه سُلُوكًا أو إبَرًا ، أو يَخِيطَ[19] فيها شيئا ، فإن لم يُعِنْ[19] فيها بشىءٍ ، فلا يَأْخُذَن فَضْلًا . وهذا يَحْتَمِلُ

---

(18) تقدم تخريجه فى : ٦/٣٣٤ .

(19 - 19) سقط من : م .

أن يكونَ النَّخَعِيُّ قالَه مَبْنِيًّا على مَذْهَبِه ، فى أنَّ مَن اسْتَأْجَرَ شيئًا لا يُؤْجِرُه بزِيَادَةٍ . وقِياسُ المَذْهَبِ جَوازُ ذلك ، سواءٌ أعَانَ فيها بشىءٍ أو لم يُعِنْ ؛ لأنَّه إذا جازَ أن يُقَبِّلَهُ بمثلِ الأجْرِ الأوَّلِ أو دُونَه ، جازَ بزِيَادَةٍ عليه ، كالبَيْعِ ، وكإجَارَةِ العَيْنِ .

فصل : وكل عَيْنٍ اسْتَأْجَرَها لِمَنْفَعةٍ ، فله أن يَسْتَوْفِىَ مثلَ تِلْكَ المَنْفَعةِ وما دُونَها فى الضَّرَرِ . وقال أحمدُ : إذا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عليها تَمْرًا . فحَمَلَ عليها حِنْطَةً ، أرْجُو أن لا يكونَ به بَأْسٌ ، إذا كان الوَزْنُ واحِدًا . فإن كانت المَنْفَعةُ التى يَسْتَوْفِيها أكْثَرَ ضَرَرًا ، أو مُخَالِفَةً لِلْمَعْقُودِ عليها فى الضَّرَرِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يَسْتَوْفِى أكْثَرَ من حَقِّه ، أو غيرَ ما يَسْتَحِقُّه ، فإذا اكْتَرَى دَابَّةً ، لِيَحْمِلَ عليها حَدِيدًا ، لم يَحْمِلْ عليها[20] قُطْنًا ، لأنَّه يَتَجافَى ، وتَهُبُّ فيه الرِّيحُ ، فيُتْعِبُ الظَّهْرَ . وإن اكْتَرَاها لِحَمْلِ القُطْنِ ، لم يَجُزْ أن يَحْمِلَ الحَدِيدَ ؛ لأنَّه / يَجْتَمِعُ فى[21] مَوْضِعٍ واحِدٍ ، فيُثْقِلُ عليه ، والقُطْنُ يَتَفرَّقُ ، فيَقِلُّ ضَرَرُه . وإن اكْتَرَاه لِيَرْكَبَه ، لم يَجُزْ أن يَحْمِلَ عليه ؛ لأنَّ الرَّاكِبَ يُعِينُ الظَّهْرَ بحَرَكَتِه . وإن اكْتَرَاه لِيَحْمِلَ عليه ، لم يَجُزْ أن يَرْكَبَه ؛ لأنَّ الرَّاكِبَ يَقْعُدُ فى مَوْضِعٍ واحِدٍ ، فيشْتَدُّ على الظَّهْرِ ، والمَتاعُ يَتَفرَّقُ على جَنْبَيْهِ . وإن اكْتَرَاه لِيَرْكَبَه عَرِيًّا ، لم يَجُزْ أن يَرْكَبَه بسَرْجٍ ؛ لأنَّه يَحْمِلُ عليه أكْثَرَ ممَّا عَقَدَ عليه . وإن اكْتَرَاه لِيَرْكَبَه بسَرْجٍ ، لم يَجُزْ أن يَرْكَبَه عَرِيًّا ؛ لأنَّه إذا رَكِبَ عليه من غيرِ سَرْجٍ حَمِىَ ظَهْرُه ، فرُبَّما عَقَرَهُ . وإن اكْتَرَاه لِيَرْكَبَه بسَرْجٍ ، لم يَجُزْ أن يَرْكَبَه بأثْقَلَ[22] منه . فلو اكْتَرَى حِمَارًا بسَرْجٍ[23] لم يَجُزْ أن يَرْكَبَه بِسَرْجِ البِرذَوْنِ ، إذا كان أثْقَلَ من سَرْجِه . وإن اكْتَرَى دَابَّةً بِسَرْجٍ ، فرَكِبَها بإكَافٍ أثْقَلَ منه ، أو أضَرَّ ، لم يَجُزْ ، وإن كان أخَفَّ ، وأقَلَّ ضَرَرًا ، فلا بَأْسَ . ومتى فَعَلَ ما ليس له فِعْلُه ، كان ضَامِنًا ، وعليه الأجْرُ . وهذا كلُّه مذهبُ الشافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ .

٩٨/٥ و

---

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) فى ب : « على » .

(٢٢) فى م : « بأكثر » .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

فصل : وإن اكْتَرَى دَابّةً لِيَرْكَبَها فى مَسَافَةٍ مَعْلُومةٍ ، أو يَحْمِلَ عليها فيها ، فأرَادَ العُدُولَ بها إلى ناحيةٍ أخرى مثلِها فى القَدْرِ أضرَّ منها ، أو تُخَالِفُ ضَرَرها ، بأن تكونَ إحْدَاهُما أحْسَنَ والأُخْرى أَخْوَفَ ، لم يَجُزْ . وإن كان مثلَها فى السُّهُولَةِ والحُزُونةِ والأَمْنِ ، أو التى يَعْدِلُ إليها أقَلَّ ضَرَرًا ، فذَكَرَ القاضى أنّه يَجوزُ . وهو قولُ أصْحابِ الشافِعِىّ ؛ لأنَّ المَسافَةَ عُيِّنَتْ لِيَسْتَوْفِىَ بها المَنْفعةَ ، ويَعْلَمَ قَدْرَها بها ، فلم تَتَعَيَّنْ ، كنَوْعِ المَحْمُولِ والرَّاكِبِ . ويَقْوَى عندى ، أنَّه متى كان لِلمُكْرِى غَرَضٌ فى تلك الجِهَةِ المُعَيَّنةِ ، لم يَجز العُدُولُ إلى غيرِها ، مثل (٢٤)من يُكْرِى جِمَالَه إلى مَكَّةَ فيَحُجُّ(٢٤) معها ، فلا يجوزُ له أن يَذْهَبَ بها إلى غيرِها . ولو أكْرَاها إلى بَغْدَادَ ، لِكَوْنِ أهْلِه بها ، أو ببَلَدِ العِرَاقِ ، لم يَجُز الذَّهَابُ بها إلى مِصْرَ . ولو أكْرَى جِمَالَه جُملَةً إلى بَلَدٍ ، لم يَجُز لِلمُسْتَأْجِرِ التَّفْرِيقُ بينها ، بالسَّفَرِ ببَعْضِها إلى جِهَةٍ ، وبِبَاقِيها إلى جهةٍ أخرى ؛ وذلك لأنَّه عَيَّنَ المَسافةَ لِغَرَضٍ فى فَواتِه ضَرَرٌ ، فلم يَجُزْ تَفْويتُه ، كما فى حَقِّ المُكْرِى(٢٥) ، فإنَّه لو أرادَ حَمْلَه إلى غيرِ المَكَانِ الذى اكْتَرَى إليه ، لم يَجُزْ ، وكما لو عَيَّنَ طَرِيقًا سَهْلًا أو آمِنًا ، فأرادَ سُلُوكَ ما يُخَالِفُه فى ذلك .

فصل : ويجوزُ أن يَكْتَرِىَ قَمِيصًا لِيَلْبَسَهُ ؛ لأنَّه يُمْكِن الانْتِفاعُ به مع بَقَاءِ عَيْنِه ، ويجوزُ بَيْعُه ، فجازَتْ إجارَتُه ، كالعَقَارِ . ولابُدَّ من تَقْدِيرِ المَنْفَعةِ بالمُدَّةِ . وإن كانت عادَةُ أهْلِ بَلَدِه نَزْعَ(٢٦) ثِيَابِهم عند النَّوْمِ فى اللَّيْلِ ، فعليه نَزْعُه فى ذلك ؛ لأنَّ الإطْلَاقَ يُحْمَلُ على المُعْتَادِ / ، وله لُبْسُه فيما سِوَى ذلك . وإن نَامَ نَهارًا ، لم يكُنْ عليه نَزْعُه ؛ لأنَّه العُرْفُ . ويَلْبَسُ القَمِيصَ على ما جَرَتِ العادَةُ به . ولا يجوزُ أن يَتَّزِرَ به ؛ لأنَّه يَعْتَمِدُ عليه فيَشُقُّه(٢٧) ، وفى اللُّبْسِ لا يَعْتَمِدُ . ويجوزُ أن يَرْتَدِىَ به ؛ لأنَّه أخَفُّ . ومن مَلَكَ

٩٨/٥ ظ

(٢٤ - ٢٤) فى الأصل : « أن تكون جماله إلى مكة ليحج » .

(٢٥) فى ب ، م : « المكترى » .

(٢٦) فى الأصل زيادة : « فى » .

(٢٧) فى الأصل : « فيشققه » .

شَيْئًا ، مَلَكَ ما هو أخَفُّ منه . وقيل فيه وَجهٌ آخَر ، أنَّه لا يجوزُ ؛ لأنَّه استِعْمالٌ لم تَجْرِ العادَةُ به فى القَمِيصِ[28] ، أشْبَه الاتِّزَار به .

فصل : وإن استَأْجَرَ أرْضًا ، صَحَّ ؛ لما تَقَدَّمَ ، ولا يَصِحُّ حتى يَرَى الأرْضَ ؛ لأنَّ المَنْفَعةَ تَخْتَلِفُ باختِلَافِها ، ولا تُعْرَفُ إلَّا بالرُّؤْيِةِ ؛ لأنَّها لا تنْضَبِطُ بالصِّفَةِ ، ولا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ[29] ما يَكْتَرِى له من زَرْعٍ أو غَرْسٍ أو بِنَاءٍ ؛ لأنَّ الأرْضَ تَصْلُحُ لهذا كلِّه ، وتأْثِيرُه فى الأرْضِ يَخْتَلِفُ ، فوَجَبَ بَيانُه . فإن قال : أجَرْتُكَها لِتَزْرَعَها أو تَغْرِسَها . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لم يُعَيِّنْ أحَدَهُما ، فأشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ أحَدَ هٰذين العَبْدَيْنِ ، وإن قال : لِتَزْرَعَها ما شِئْتَ ، وتَغْرِسَها[30] ما شِئْتَ . صَحَّ . وهذا مَنْصُوصُ الشافِعِىِّ . وخَالَفَه أكْثَرُ أصْحابه ، فقالوا : لا يجوزُ ؛ لأنَّه لا يَدْرِى كم يَزْرَعُ ويَغْرِسُ . وقال بعضُهم : يَصِحُّ ، ويَزرَعُ نِصْفَها ، ويَغْرِسُ نِصْفَها . ولَنا ، أن العَقْدَ اقْتَضَى إباحَةَ هٰذين الشَّيْئَيْنِ ، فصَحَّ ، كما لو قال : لِتَزْرَعَها ما شِئْتَ . ولأنَّ اخْتِلَافَ الجِنْسَيْنِ كاخْتِلَافِ النَّوْعَيْنِ ، وقوله : لِتَزْرَعَها ما شِئْتَ . إذْنٌ فى نَوْعَيْنِ وأنْواعٍ ، وقد صَحَّ ، فكذلك فى الجِنْسَيْنِ ، وله أن يَغْرِسَها كلَّها ، وإن أحَبَّ زَرَعَها كلَّها ، كما لو أذِنَ له فى أنْواعِ الزَّرْعِ كلِّه ، كان له زَرْعُ جَمِيعِها نَوْعًا واحِدًا ، وله زَرْعُها من نَوْعَيْنِ ، كذلك هٰهُنا . وإن أكْرَاهَا لِلزَّرْعِ وحده ، ففيه أرْبَعُ مَسَائِلَ :

إحْداهُنَّ ، أكْرَاهَا لِلزَّرْعِ مُطْلَقًا ، أو قال : لِتَزْرَعَها ما شِئْتَ . فإنَّه يَصِحُّ ، وله زَرْعُ ما شاءَ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . وحُكِىَ عن ابنِ سُرَيْجٍ أنَّه لا يَصِحُّ حتى يَتَبَيَّنَ الزَّرْعَ ؛ لأنَّ ضَرَرَه يَخْتَلِفُ ، فلم يَصِحَّ بدون البَيَانِ ، كما لو لم يَذْكُرْ ما يَكْتَرِى له من زَرْعٍ أو غَرْسٍ أو بِنَاءٍ . ولَنا ، أنَّه يجوزُ اسْتِئْجَارُها لأكْثَرِ الزَّرْعِ ضَرَرًا ، ويُبَاحُ له جَمِيعُ

---

(28) فى الأصل : « القمص » .

(29) فى م زيادة : « له » .

(30) فى م : « أو تغرسها » .

الأنْواعِ ؛ لأنَّها دُونَه ، فإذا عَمَّمَ أو أطْلَق ، تَنَاوَلَ الأكْثَر ، وكان له ما دونه ، ويُخالِفُ الأجْناسَ المُخْتَلِفَةَ ؛ فإنَّه لا يَدْخُلُ بعضُها فى بعضٍ . فإن قِيلَ : فلو اكْتَرَى دَابَّةً لِلرُّكُوبِ ، لَوَجَبَ تَعْيِينُ الرَّاكِبِ . قُلْنا : لأنَّ إجَارَةَ المَرْكُوبِ لأكْثَرِ الرُّكَّابِ ضَرَرًا لا تجوزُ ، بخِلَافِ المَزْرُوعِ ، ولأنَّ لِلْحَيَوانِ حُرْمَةً فى نَفْسِه ، فلم يَجُزْ إطْلَاقُ ذلك فيه ، بخِلَافِ الأرْضِ . فإن قِيلَ : فلو اسْتَأْجَرَ دَارًا لِلسُّكْنَى مُطْلَقًا ، لم يَجُزْ / أن يُسْكِنَها مَن يَضُرُّ بها ، كالقَصَّارِ والحَدَّادِ ، فَلِمَ قُلْتُم إنَّه يجوزُ أن يَزْرَعَها ما يَضُرُّ بها ؟ قُلْنا : السُّكْنَى لا تَقْتَضِى ضَرَرًا ، فلذلك مُنِعَ من إسْكَانِ مَن يَضُرُّ بها ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَقْتَضِهِ ، والزَّرْعُ يَقْتَضِى الضَّرَرَ ، فإذا أطْلَقَ كان راضِيًا بأكْثَرِه ، فلهذا جازَ . وليس له أن يَغْرِسَ فى هذه الأرْضِ ، ولا يَبْنِىَ ؛ لأنَّ ضَرَرَه أكْثَرُ من المَعْقُودِ عليه .

99/5 و

المسألة الثانية ، أكْرَاهَا[31] لِزَرْعِ حِنْطَةٍ ، أو نوعٍ بِعَيْنِه ، فإنَّ له زَرْعَ ما عَيَّنَهُ[32] وما ضَرَرُه كَضَرَرِه أو دُونَه . ولا يَتَعَيَّنُ ما عَيَّنَه فى قولِ عَامَّةِ أهْلِ العِلْمِ ، إلَّا دَاوُدَ وأهْلَ الظاهِرِ ، فإنَّهم قالوا : لا يجوزُ له زَرْعُ غيرِ ما عَيَّنَه ، حتى لو وَصَفَ الحِنْطَةَ بأنَّها سَمْرَاءُ ، لم يَجُزْ له أن يَزْرَعَ بَيْضَاءَ ؛ لأنَّه عَيَّنَه بالعَقْدِ ، فلم يَجُز العُدُولُ عنه ، كما لو عَيَّنَ المَرْكُوبَ ، أو عَيَّنَ الدَّرَاهِمَ فى الثَّمَنِ . ولَنا ، أنَّ المَعْقُودَ عليه مَنْفَعَةُ الأرْضِ دُونَ القَمْحِ ، ولهذا اسْتَقَرَّ[33] عليه العِوَضُ بِمُضِىِّ المُدَّةِ ، إذا تَسَلَّمَ الأرْضَ . وإن لم يَزْرَعْها ، وإنَّما ذَكَرَ القَمْحَ لِتُقَدَّرَ به المَنْفَعَةُ ، فلم يَتَعَيَّنْ ، كما لو اسْتَأْجَرَ دَارًا لِيَسْكُنَها ، كان له أن يُسْكِنَها غيرَه . وفارَقَ المَرْكُوبَ ، والدَّرَاهِمَ فى الثَّمَنِ ، فإنَّهما مَعْقُودٌ عليهما ، فتَعَيَّنَا ، والمَعْقُودُ عليه هٰهُنا مَنْفَعَةٌ مُقَدَّرَةٌ ، وقد تَعَيَّنَتْ أيضا ، ولم يَتَعَيَّنْ ما قُدِّرَتْ به ، كما لا يَتَعَيَّنُ المِكْيالُ والمِيزانُ فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ .

المسألة الثالثة ، قال : لِيَزْرَعَها حِنْطةً ، وما ضَرَرُه كَضَرَرِها ، أو دونَه . فهذه

(31) فى ب : « اكتراها » .

(32) فى ب ، م : « يعينه » .

(33) فى م : « يستقر » .

كالتى قَبْلَها ، إلَّا أنَّه لا مُخَالِفَ فيها ؛ لأنَّه شَرَطَ ما اقْتَضَاهُ الإطْلَاقُ ، وبَيَّنَ ذلك تَصْرِيحُ نَصِّه ، فزَالَ الإشْكالُ .

المسألة الرابعة ، قال : لِيَزْرَعَها حِنْطَةً ، ولا يَزْرَعُ غيرَها . فذَكَرَ القاضى أنَّ الشَّرْطَ باطِلٌ ؛ لأنَّه يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، لأنَّه يَقْتَضِى اسْتِيفَاءَ المَنْفَعةِ كيف شاءَ ، فلم يَصِحَّ الشَّرْطُ ، كما لو شَرَطَ عليه اسْتِيفَاءَ المَبِيعِ بنَفْسِه ، والعَقْدُ صَحِيحٌ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ فيه ، ولا غَرَضَ[٣٤] لأحدِ المُتَعَاقِدَيْنِ ، لأنَّ ما ضَرَرُه مثلُه ، لا يَخْتَلِفُ فى غَرَضِ[٣٥] المُؤْجِرِ ، فلم يُؤَثِّرْ فى العَقْدِ ، فأشْبَهَ شَرْطَ اسْتِيفاءِ المَبِيعِ أو الثَّمنِ بنَفْسِه . وقد ذَكَرْنا فيما إذا شَرَطَ مُكْتَرِى الدَّار أنَّه لا يُسْكِنُها غيرَه ، وَجْهًا فى صِحَّةِ الشَّرْطِ ، وَوَجْهًا آخَرَ فى فَسَادِ العَقْدِ ، فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه .

فصل : وإن أكْرَاها لِلغِرَاسِ ؛ ففيه ما ذَكَرْنا من المَسَائِل ، إلَّا أنَّ له أن يَزْرَعَها ؛ لأنَّ ضَرَرَ الزَّرْعِ أقَلُّ من ضَرَرِ الغِرَاسِ ، وهو من جِنْسِه ، لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَضُرُّ بباطِنِ الأرْضِ . / وليس له البِنَاءُ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُ مُخالِفٌ لِضَرَرِه ، فإنَّه يَضُرُّ بظَاهِرِ الأرْضِ . وإن أكْرَاها للزَّرْعِ ، لم يكُنْ له الغَرْسُ ولا البِنَاءُ ؛ لأنَّ ضَرَرَ الغَرْسِ أكْثَرُ ، وضَرَرُ البِنَاءِ مُخَالِفٌ لِضَرَرِه . وإن أكْرَاها[٣٦] لِلْبِنَاءِ ، لم يَكُنْ له الغَرْسُ ولا الزَّرْعُ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُما يُخالِفُ ضَرَرَهُ .

٥/٩٩ ظ

فصل : ولا تَخْلُو الأرْضُ من قِسْمَيْنِ ؛ أحَدهما ، أن يكونَ له ماءٌ دائِمٌ ، إمَّا من نَهْرٍ لم تَجْرِ العادَةُ بانْقِطاعِه ، أو لا يَنْقَطِعُ إلَّا مُدَّةً لا يُؤَثِّرُ فى الزَّرْعِ ، أو من عَيْنٍ نابِعَةٍ ، أو بِرْكَةٍ من مِيَاهِ الأمْطارِ يَجْتَمِعُ فيها ثم يَسْقِى به ، أو من بِئْرٍ يَقُومُ بكِفَايَتِها ، أو ما يَشْرَبُ بعُرُوقِه لنَداوَةِ الأرْضِ ، وقُرْبِ الماءِ الذى تحت الأرْضِ ، فهذا كلُّه دائِمٌ . ويَصِحُّ

(٣٤) فى الأصل : « عوض » .

(٣٥) فى م : « غير » .

(٣٦) فى الأصل : « اكتراها » .

اسْتِئْجارُها لِلْغَرْسِ والزَّرْعِ . بغير خِلَافٍ عَلِمْنَاه . وكذلك الأَرْضُ التى تَشْرَبُ من مِيَاهِ الأَمْطارِ ، وَيُكْتَفَى[٣٧] بالمُعْتَادِ منه ؛ لأَنَّ ذلك بِحُكْمِ العادَةِ ، ولا يَنْقَطِعُ إِلَّا نادِرًا ، فهو كسائِرِ الصُّوَرِ المَذْكُورَةِ . والثانى ، أن لا يكونَ لها ماءٌ دائِمٌ ، وهى نَوْعانِ ؛ أَحَدُهما ، ما يَشْرَبُ من زِيَادَةٍ مُعْتادَةٍ تَأْتِى فى وقتِ الحاجَةِ ، كأَرْضِ مِصْرَ الشَّارِبَةِ من زِيَادةِ النِّيلِ ، وما يَشْرَبُ من زِيَادَةِ الفُرَاتِ وأَشْبَاهِه ، وأَرْضِ البَصْرَةِ الشَّارِبَةِ من المَدِّ والجَزْرِ ، وأَرْضِ دِمَشْقَ الشَّارِبَةِ من زِيَادَةِ بَرَدَى . أو ما يَشْرَبُ من الأَوْدِيَةِ الجارِيةِ من ماءِ المَطَرِ ، فهذه تَصِحُّ إجَارَتُها قبلَ وُجُودِ الماءِ الذى تُسْقَى به وبعدَه . وحَكَى ابنُ الصَّبَّاغِ ذلك مَذْهَبًا لِلشَّافِعِىِّ . وقال أَصْحابُه : إن أَكْرَاها بعدَ الزِّيادَةِ ، صَحَّ ، ولا يَصِحُّ قبلَها ؛ لأَنَّها مَعْدُومَةٌ ، لا نَعلَمُ هل يَقْدِرُ عليها أَمْ[٣٨] لا . ولَنا ، أَنَّ هذا مُعْتادٌ ، الظاهِرُ وُجُودُه ، فجازَتْ إجَارَةُ الأَرْضِ الشَّارِبَةِ به ، كالشَّارِبةِ من مِيَاهِ الأَمْطارِ ، ولأَنَّ ظَنَّ القُدْرَةِ على التَّسْلِيمِ فى وَقْتِه يَكْفِى فى صِحَّةِ العَقْدِ ، كالسَّلَمِ فى الفَاكِهةِ إلى أَوَانِها . النوع الثانى ، أن يكونَ مجىءُ الماءِ نادِرًا ، أو غيرَ ظاهِرٍ ، كالأَرْضِ التى لا يَكْفِيهَا إِلَّا المَطَرُ الشَّدِيدُ الكَثِيرُ ، الذى يَنْدُرُ وُجُودُه . أو يكونُ شُرْبُها من فَيْضِ وادٍ مَجِيئُه نادِرًا ، أو من زِيَادةٍ نادِرَةٍ فى نَهْرٍ أو عَيْنٍ غالِبَةٍ ، فهذه إن أَجَرَها بعدَ وُجُودِ ماءٍ يَسْقِيهَا به ، صَحَّ أيضا ؛ لأَنَّه أَمكنَ الانْتِفاعُ بها وزَرْعُها ، فجازَتْ إجَارَتُها ، كذاتِ الماءِ الدّائِمِ . وإن أَجَرَها قبلَه لِلْغَرْسِ أو الزَّرْعِ ، لم يَصِحَّ ، لأَنَّه يَتَعَذَّرُ الزَّرْعُ غالِبًا ، ويَتَعَذَّرُ المَعْقُودُ عليه فى الظاهِرِ ، فلم تَصِحَّ / إجَارَتُها ، كالآبِقِ والمَغْصُوبِ . وإن اكْتَرَاها على أَنَّها لا ماءَ لها ، جازَ ؛ لأَنَّه يَتَمَكَّنُ[٣٩] من الانْتِفاعِ بها بالنُّزُولِ فيها ، ووَضْعِ رَحْلِه ، وجَمْعِ الحَطَبِ فيها ، وله أن يَزْرَعَها رَجَاءَ الماءِ . وإن حَصَلَ له ماءٌ قبلَ زَرْعِهَا ، فله زَرْعُها ؛ لأَنَّ ذلك من مَنَافِعِها المُمْكِنِ اسْتِيفَاؤُها . وليس له أن يَبْنِىَ ، ولا يَغْرِسَ ؛ لأَنَّ ذلك يُرَادُ لِلتَّأْبِيدِ . وتَقْدِيرُ الإِجَارَةِ بمُدةٍ تَقْتَضِى تَفْرِيغَها

٥/١٠٠ و

---

(٣٧) فى الأصل : « ويكفى » .

(٣٨) فى ب ، م : « أو » .

(٣٩) فى ب ، م : « تمكن » .

عند انْقِضَائِها . فإن قيل : فلو اسْتَأْجَرها لِلْغِرَاسِ والبِنَاءِ صَحَّ مع تَقْدِيرِ المُدَّةِ . قُلْنا : التَّصْرِيحُ بالبِنَاءِ والغِرَاسِ صَرَفَ التَّقْدِيرَ عن مُقْتَضَاه ، بظَاهِرِه فى التَّفْرِيغِ عندَ انْقِضَاءِ المُدّةِ ، إلَّا أن يَشْتَرِطَ قَلْعَ ذلك عندَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ ، فيُصْرَفُ الغِرَاسُ والبِنَاءُ عمَّا يُرادُ له بظَاهِرِه ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وإن أطْلَقَ إجارَةَ هذه الأرْضِ ، مع العِلْمِ بحَالِها ، وعَدَمِ مائِها ، صَحَّ ؛ لأنَّهما دَخَلَا فى العَقْدِ على أنَّها لا ماءَ لها ، فأشْبَه ما لو شَرَطَاه . وإن لم يَعْلَمْ عَدَمَ مائِها[٤٠] ، أو ظَنَّ المُكتَرِى أنَّه يُمْكِنُ تَحْصِيلُ ماءٍ لها بوَجْهٍ من الوُجُوهِ ، لم يَصِحَّ العَقْدُ ، ولأنَّه ربما دَخَلَ فى العَقْدِ بِنَاءً على أنَّ المالِكَ لها[٤١] يُحَصِّلُ لها ماءً ، وأنَّه يَكْتَرِيها للزِّرَاعةِ مع تَعَذُّرِها . وقيل : لا يَصِحُّ العَقْدُ مع الإطْلَاقِ وإن عَلِمَ حالَها[٤٢] ؛ لأنَّ إطْلَاقَ كِرَاءِ الأرْضِ يَقْتَضِى الزِّرَاعةَ . والأَوْلَى صِحَّتُه ؛ لأنَّ العِلْمَ بالحالِ يَقُومُ مَقَامَ الاشْتِراطِ ، كالعِلْمِ بالعَيْبِ يَقُومُ مَقامَ شَرْطِه ، ومتى كان لها ماءٌ غيرَ دائِمٍ ، أو الظَّاهِرُ انْقِطاعُه قبلَ الزَّرْعِ ، أو لا يَكْفِى الزَّرْعَ ، فهى كالتى لا ماءَ لها . ومذهبُ الشافِعِىِّ فى هذا كلِّه كما ذَكَرْنا .

فصل : وإن اكْتَرَى أرْضًا غارِقةً بالماءِ ، لا يُمْكِنُ زَرْعُها قبلَ انْحِسَارِه عنها ، وقد يَنْحَسِرُ ولا يَنْحَسِرُ ، فالعَقْدُ باطِلٌ ؛ لأنَّ الانْتِفاعَ بها فى الحالِ غيرُ مُمْكِنٍ ، ولا يَزُولُ المانِعُ غالِبًا . وإن كان يَنْحَسِرُ عنها وقتَ الحاجَةِ إلى الزِّرَاعةِ ، كأرْضِ مِصْرَ فى وقتِ مَدِّ النِّيلِ ، صَحَّ العَقْدُ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مُتَحَقِّقٌ بحُكْمِ العادَةِ المُسْتَمِرَّةِ . وإن كانت الزِّرَاعةُ فيها مُمْكِنَةً ، ويُخَافُ غَرَقُها ، والعادَةُ غَرَقُها ، لم يَجُزْ إجارَتُها ؛ لأنَّها فى حُكْمِ الغارِقَةِ بحُكْمِ العادَةِ المُسْتَمِرَّةِ .

فصل : ومتى غَرِقَ الزَّرْعُ أو هَلَكَ ، بِحَرِيقٍ أو جَرَادٍ أو بَرْدٍ ، أو غيرِه ، فلا ضَمَانَ

---

(٤٠) فى م : « نمائها » .

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) فى ب : « حالتها » . وفى م : « بحالها » .

على المُؤْجِرِ ، ولا خِيَارَ لِلْمُكْتَرِى . نَصَّ عليه أحمدُ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . وهو مذهبُ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّ التّالِفَ غيرُ المَعْقُودِ عليه ، وإنَّما تَلِفَ مالُ المُكْتَرِى فيه ، فأشْبَهَ مَن اشْتَرَى[43] / دُكَّانًا فاحْتَرَقَ مَتَاعُه فيه . ثم إن أَمْكَنَ المُكْتَرِى الانْتِفَاعُ بالأرْضِ بغيرِ الزَّرْعِ ، أو بالزَّرْعِ فى بَقِيَّةِ المُدَّةِ ، فله ذلك ، وإن تَعَذَّرَ ذلك ، فالأجْرُ لازِمٌ له ؛ لأنَّ تعَذُّرَه لِفَوَاتِ وقتِ الزِّرَاعةِ بسَبَبٍ غيرِ مَضْمُونٍ على المُؤْجِرِ ، لا لِمَعْنًى فى العَيْنِ . وإن تَعَذَّرَ الزَّرْعُ بِسَبَبِ غَرَقِ الأرْضِ ، أو انْقِطَاعِ مائِها ، فلِلْمُسْتَأْجِرِ الخِيَارُ ؛ لأنَّه لِمَعْنًى فى العَيْنِ . وإن تَلِفَ الزَّرْعُ بذلك ، فليس على المُؤْجِرِ ضَمَانُه ؛ لأنَّه لم يُتْلِفْهُ[44] بمُباشَرَةٍ ولا بِسَبَبٍ . وإن قَلَّ الماءُ بحيث لا يَكْفِى الزَّرْعَ ، فله الفَسْخُ ؛ لأنَّه عَيْبٌ . فإن كان ذلك بعدَ الزَّرْعِ ، فله الفَسْخُ أيضًا ، ويَبْقَى الزَّرْعُ فى الأرْضِ إلى أن يَسْتَحْصِدَ ، وعليه من المُسَمَّى بحِصَّتِه إلى حينِ الفَسْخِ ، وأجْرِ المِثْلِ لما بَقِىَ من المُدّةِ لأرْضٍ لها مثلُ ذلك الماءِ . وكذلك إن انْقَطَعَ الماءُ بالكُلِّيةِ ، أو حَدَثَ بها عَيْبٌ من غَرَقٍ يَهْلِكُ به[45] بعضُ الزَّرْعِ ، أو يَسُوءُ حالُه به .

فصل : وإذا اسْتَأْجَرَ أرْضًا لِلزِّراعةِ مُدّةً ، فانْقَضَتْ ، وفيها زَرْعٌ لم يَبْلُغْ حَصَادَه ، لم يَخْلُ من حَالَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ لِتَفْرِيطٍ من المُسْتَأْجِرِ ، مثل أن يَزْرَعَ زَرْعًا لم تَجْرِ العادَةُ بكَمالِه قبلَ انْقِضاءِ المُدَّةِ ، فحُكْمُه حُكْمُ زَرْعِ الغاصِبِ ، يُخَيَّرُ المالِكُ بَعد المُدَّةِ بينَ أخْذِه بالقِيمَةِ ، أو تَرْكِه بالأجْرِ لما زَادَ على المُدَّةِ ؛ لأنَّه أبْقَى زَرْعَه فى أرْضِ غيرِه بِعُدْوَانِه . وإن اخْتَارَ المُسْتَأْجِرُ قَطْعَ زَرْعِه فى الحالِ ، وتَفْرِيغَ الأرْضِ ، فله ذلك ؛ لأنَّه يُزِيلُ الضَّـرَرَ ، ويُسَلِّمُ الأرْضَ على الوَجْهِ الذى اقْتَضَاهُ العَقْدُ . وذَكَرَ القاضى ، أنَّ على المُسْتَأْجِرِ نَقْلَ الزَّرْعِ وتَفْرِيغَ الأرْضِ ، وإن اتَّفَقَا على تَرْكِه بعِوَضٍ أو غيرِه ، جـازَ . وهذا مذهبُ الشّافِعِىِّ ، بِنَاءً على قولِه فى الغاصِبِ . وقِيَاسُ مَذْهَبِنا

٥/١٠٠ ظ

---

(٤٣) فى ب : « اكترى » .

(٤٤) فى الأصل : « يتلف » .

(٤٥) سقط من : م .

ما ذَكَرْناه . الحال الثانى ، أن يكونَ بَقاؤُه بغيرِ تَفْرِيطٍ ، مثل أن يَزْرَعَ زَرْعًا يَنْتَهِى فى المُدَّةِ عادَةً ، فأبْطأَ لِبَرْدٍ أو غيرِه ، فإنَّه يَلْزَمُ المُؤْجِرَ تَرْكُه إلى أن يَنْتَهِىَ ، وله المُسَمَّى وأجْرُ المِثْلِ لما زَادَ ، وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشافِعِىِّ . والوجه الثانى ، قالوا : يَلْزَمُه نَقْلُه ؛ لأنَّ المُدَّةَ ضُرِبَتْ لِنَقْلِ الزَّرْعِ ، فيَلْزَمُ العَمَلُ بمُوجِبه ، وقد وُجِدَ منه تَفْرِيطٌ ؛ لأنَّه كان يُمْكِنُه أن يَسْتَظْهِرَ فى المُدَّةِ ، فلم يَفْعَلْ . ولنا ، أنَّه حَصَلَ الزَّرْعُ فى أرْضِ غيرِه بإذْنِه ، من غيرِ تَفْرِيطٍ ، فلَزِمَ تَرْكُه ، كما لو أعَارَه أرْضًا فزَرَعَها ، ثم رَجَعَ المالِكُ قبلَ كَمَالِ الزَّرْعِ . وقولُهم : إنَّه مُفَرِّطٌ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ لأنَّ هذه المُدَّةُ التى جَرَتِ العادَةُ / بكَمالِ الزَّرْعِ فيها ، وفى زِيادَةِ المُدَّةِ تَفْوِيتُ[٤٦] زِيَادَةِ الأجْرِ بغيرِ فائِدَةٍ ، وتَضْيِيعُ زِيادَةٍ مُتَيَقَّنةٍ لِتَحْصِيلِ شىءٍ مُتَوَهَّمٍ على خِلَافِ العادَةِ هو التَّفْرِيطُ ، فلم يكُنْ تَرْكُه تَفْرِيطًا . ومتى أرادَ المُسْتَأْجِرُ زَرْعَ شىءٍ لا يُدْرِكُ مثلُه فى مُدَّةِ[٤٧] الإجارةِ ، فلِلْمالِكِ مَنْعُه ؛ لأنَّه سَبَبٌ لِوُجُودِ زَرْعِه فى أرْضِه بغيرِ حَقٍّ ، فمَلَكَ مَنْعَه منه . فإن زَرَعَ ، لم يَمْلِكْ مُطَالَبَته بقَلْعِه قبلَ المُدَّةِ ؛ لأنَّه فى أرْضٍ يَمْلِكُ نَفْعَها ، ولأنَّه لا يَمْلِكُ ذلك بعدَ المُدَّةِ ، فقَبْلَها أوْلَى . ومن أوْجَبَ عليه قَطْعَه بعدَ المُدَّةِ ، قال : إذا لم يكُنْ بُدٌّ من المُطَالبةِ بالنَّقْلِ ، فَلْيَكُنْ عندَ المُدَّةِ التى يَسْتَحِقُّ تَسْلِيمَها إلى المُؤْجِرِ فارِغَةً .

٥/١٠١ و

فصل : وإذا اكْتَرَى الأرْضَ لِزَرْعٍ مُدَّةً لا يَكْمُلُ فيها ، مثل أن يَكْتَرِىَ[٤٨] خَمْسَةَ أشْهُرٍ لِزَرْعٍ لا يَكْمُلُ إلَّا فى سَنَةٍ ، نَظَرْنا ؛ فإن شَرَطَ تَفْرِيغَها عند انْقِضَاءِ المُدّةِ ونَقْلَهُ عنها ، صَحَّ ؛ لأنَّه لا يُفْضِى إلى الزِّيادَةِ على مُدَّتِه ، وقد يكونُ له غَرَضٌ فى ذلك ، لأخْذِه إيَّاه قَصِيلًا أو غيرَه ، ويَلْزَمُه ما الْتَزَمَ ، وإن أطْلَقَ العَقْدَ ، ولم يَشْتَرِطْ شيئًا ، احْتَمَلَ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّ الانْتِفاعَ بالزَّرْعِ فى هذه المُدّةِ مُمْكِنٌ ، واحْتَمَلَ أنَّه إن أمْكَنَ أن يَنْتَفِعَ

---

(٤٦) فى الأصل : « تفوت » .

(٤٧) سقط من : م .

(٤٨) فى الأصل : « اكترى » .

بالأَرْضِ ، فى زَرْعٍ ضَرَرُه كَضَرَرِ الزَّرْعِ المَشْرُوطِ أو دُونَه ، مثل أن يَزْرَعَها شَعِيرًا يَأْخُذُه[49] قَصِيلًا ، صَحَّ العَقْدُ ؛ لأنَّ الانْتِفاعَ بها فى بعضِ ما اقْتَضَاه العَقْدُ مُمْكِنٌ . وإن لم يكُنْ كذلك ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه اكْتَرَى للزَّرْعِ مالَا يُنْتَفَعُ بالزَّرْعِ[50] فيه ، أشْبَهَ إجَارَةَ السَّبْخَةِ له . فإن قُلْنا : يَصِحُّ . فإن انْقَضَتِ المُدَّةُ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، حُكْمُه حُكْمُ زَرْعِ المُسْتَأْجِرِ لما لا يَكْمُلُ فى مُدَّتِه ؛ لأنَّه هَٰهُنا مُفَرِّطٌ . واحْتَمَلَ أن يَلْزَمَ المُكْرِىَ تَرْكُهُ بالأَجْرِ ؛ لأنَّ التَّفْرِيطَ منه حيث أكْرَاه مُدَّةً لِزَرْعٍ لا يَكْمُلُ فيها . وإن شَرَطَ تَبْقِيَتَه حتى يَكْمُلَ ، فالعَقْدُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه جَمَعَ بين مُتَضادَّيْنِ ، فإنَّ تَقْدِيرَ المُدَّةِ يَقْتَضِى النَّقْلَ فيها ، وشَرْطَ التَّبْقِيَةِ يُخَالِفُه ، ولأنَّ مُدَّةَ التَّبْقِيَةِ مَجْهُولةٌ ، فإن زَرَعَ لم يُطَالِبْ بِنَقْلِه ، كالتى تَقَدَّمَتْ .

فصل : إذا أجَرَه[51] لِلْغِرَاسِ سَنَةً ، صَحَّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه تَسْلِيمُ مَنْفَعَتِها المُبَاحَةِ المَقْصُودَةِ ، فأشْبَهَتْ سائِرَ المَنافِعِ ، وسواءٌ شَرَطَ قَلْعَ الغِرَاسِ عندَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ ، أو أطْلَقَ . وله أن يَغْرِسَ قبلَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ ، فإذا انْقَضَتْ ، لم يكُنْ له أن يَغْرِسَ ؛ لِزَوالِ عَقْدِه . فإذا انْقَضَتِ السَّنَةُ ، وكان قد شَرَطَ القَلْعَ عند انْقِضَائِها ، لَزِمَهُ ذلك وَفَاءً بمُوجبِ شَرْطِه ، وليس على صاحِبِ الأَرْضِ غَرَامَةُ نَقْصِه ، ولا على المُكْتَرِى / تَسْوِيَةُ الحَفْرِ وإصْلَاحُ الأَرْضِ ؛ لأنَّهما دَخَلَا على هذا ، لِرِضَاهُما بالقَلْعِ ، واشْتِرَاطِهِما عليه . وإن اتَّفَقَا على إبْقائِه بأجْرٍ أو غيرِه ، جازَ [52]إذا شَرَطَا مُدَّةً مَعْلُومةً . وكذلك لو اكْتَرَى الأَرْضَ سَنَةً بعد سَنَةٍ ، كلما انْقَضَى عَقْدٌ جَدَّدَ آخَرَ ، جازَ[52] . وإن أطْلَقَ العَقْدَ ، فلِلْمُكْتَرِى القَلْعُ ؛ لأنَّ الغَرْسَ مِلْكُه ، فله أخْذُه ، كَطَعامِه من[53] الدَّارِ

٥/١٠١ ظ

---

(٤٩) فى الأصل : « فأخذه » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) فى ب : « استأجره » .

(٥٢ – ٥٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٣) فى الأصل : « فى » .

التى بَاعَها . وإذا قَلَعَ ، فعليه تَسْوِيَةُ الحَفْرِ ؛ لأنَّه نَقْصٌ دَخَلَ على[٥٤] مِلْكِ غيرِه بغيرِ إذْنِه . وهكذا إن قَلَعَه قبلَ انْقِضَاءِ المُدّةِ هٰهُنا ، وفى التى قبلَها ؛ لأنَّ القَلْعَ قبلَ الوَقْتِ لم يَأْذَنْ فيه المالِكُ ، ولأنَّه تَصَرَّفَ فى الأرْضِ تَصَرُّفًا نَقَصَها ، لم يَقْتَضِه عَقْدُ الإجَارَةِ . وإن أَبَى القَلْعَ ، لم يُجْبَرْ عليه ، إلَّا أن يَضْمَنَ له المالِكُ نَقْصَ غَرْسِه ، فيُجْبَرُ حينئذٍ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حَنِيفةَ ، ومالِكٌ : عليه القَلْعُ من غيرِ ضَمانِ النَّقْصِ له ؛ لأنَّ تَقْدِيرَ المُدَّةِ فى الإجَارَةِ يَقْتَضِى التَّفْرِيغَ عندَ انْقِضَائِها ، كما لو اسْتَأْجَرَها للزَّرْعِ . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « لَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ »[٥٥] . مَفْهُومُه أنَّ ما ليس بِظَالِمٍ له حَقٌّ . وهذا ليس بِظَالِمٍ ، ولأنَّه غَرَسَ بإذْنِ المالِكِ ، ولم يَشْرُطْ قَلْعَه ، فلم يُجْبَرْ على القَلْعِ من غيرِ ضَمَانِ النَّقْصِ ، كما لو اسْتَعارَ منه أرْضًا لِلْغَرْسِ مُدّةً ، فرَجَعَ قبلَ انْقِضَائِها ، ويُخَالِفُ الزَّرْعَ ؛ فإنَّه لا يَقْتَضِى التَّأْبِيدَ . فإن قيل : فإن كان إطْلَاقُ العَقْدِ فى الغِرَاسِ يَقْتَضِى التَّأْبِيدَ ، فشَرْطُ القَلْعِ[٥٦] يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، فيَنْبَغِى أن يُفْسِدَه . قُلْنا : إنَّما اقْتَضَى التَّأْبِيدَ من حيثُ إنَّ العادَةَ فى الغِرَاسِ التَّبْقِيةُ ، فإذا أطْلَقَه حُمِلَ على العادَةِ ، وإذا شَرَطَ خِلَافَه ، جازَ ، كما إذا باعَ بغيرِ نَقْدِ البَلَدِ ، أو شَرَطَ فى الإجارَةِ شَرْطًا يُخَالِفُ العادَةَ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ رَبَّ الأرْضِ يُخَيَّرُ بين ثلاثةِ أشْيَاء ؛ أحدها ، أن يَدْفَعَ قِيمَةَ الغِرَاسِ والبِنَاءِ ، فيَمْلِكَه مع أرْضِه . والثانى ، أن يَقْلَعَ الغِرَاسَ والبِنَاءَ ، ويَضْمَنَ أرْشَ نَقْصِه . والثالث ، أن يُقِرَّ الغِرَاسَ والبِنَاءَ ، ويَأْخُذَ منه أجْرَ المِثْلِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : يُخَيَّرُ بين دَفْعِ قِيمَتِه فيَمْلِكُه ، وبين مُطَالَبَتِه بالقَلْعِ من غيرِ ضَمَانٍ ، وبين تَرْكِه ، فيَكُونانِ شَرِيكَيْنِ . وليس بصَحِيحٍ ؛ لأنَّ الغِرَاسَ مِلْكٌ لِغَارِسِه ، لم يُدْفَعْ إليه عنه عِوَضٌ ، ولا رَضِىَ بزَوَالِ مِلْكِه عنه [٥٧]فلا يَزُولُ عنه[٥٧] ، كسائِرِ الغَرْسِ . وإن اتَّفَقَا على بَيْعِ الغِرَاسِ والبِنَاءِ لِلْمالِكِ ، جازَ . وإن باعَهُما

---

(٥٤) فى ب : « فى » .

(٥٥) تقدم تخريجه فى : ٥٥٨/٦ .

(٥٦) سقط من : ب .

(٥٧ - ٥٧) سقط من : م .

صاحِبُهما لغيرِ مالِكِ الأرْضِ ، جازَ ، ومُشْتَرِيهما يَقُومُ فيهما مَقَامَ البائعِ . وقال أصْحابُ الشافِعِيِّ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ : ليس له بَيْعُهما لغيرِ مالِكِ الأرْضِ ؛ لأنَّ مِلْكَهُ[58] ضَعِيفٌ ، بِدَلِيلِ أن لِصَاحِبِ الأرْضِ تَمَلُّكَهُ عليه بالقِيمَةِ من غيرِ إذْنِه .

١٠٢/٥ و ولَنا ، أنَّه مَمْلُوكٌ له ، يجوزُ بَيْعُه لمالِكِ الأرْضِ ، /فجازَ لغيرِه ، كشِقْصٍ مَشْفُوعٍ ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه ؛ فإنَّ لِلشَّفِيعِ تَمَلُّكَ الشِّقْصِ وشِرَاءَهُ ، ويجوزُ بَيْعُه لغيرِه . فأمَّا إن شَرَطَ فى العَقْدِ تَبْقِيةَ الغِرَاسِ ، فذَكَرَ القاضى أنَّه صَحِيحٌ ، وحُكْمُه حُكْمُ ما لو أطْلَقَ العَقْدَ سواءً . وهو قولُ أصْحابِ الشافِعِيِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَبْطُلَ العَقْدُ ؛ لأنَّه شَرَطَ ما يُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَ ذلك فى الزَّرْعِ الذى لا يَكْمُلُ قبلَ انْقِضاءِ المُدّةِ ، ولأنَّ الشَّرْطَ باطِلٌ ، بِدَلِيلِ أنَّه لا يَجِبُ الوَفَاءُ به ، وهو مُؤَثِّرٌ ، فأبْطَلَه ، كشَرْطِ تَبْقِيةِ الزَّرْعِ بعدَ مُدَّةِ الإجارَةِ .

٩٠٠ ـ مسألة ؛ قال : (ويَجُوزُ أنْ يَسْتَأْجِرَ الأجِيرَ بطَعَامِهِ وكُسْوَتِهِ)

اخْتَلَفَتِ الرِّوَايةُ عن أحمدَ ، فى مَن اسْتَأْجَرَ أجِيرًا بطَعَامِه وكُسْوَتِه ، أو جَعَلَ له أجْرًا ، وشَرَطَ طَعَامَه وكُسْوَتَه ، فرُوِىَ عنه[1] جَوَازُ ذلك . وهو مذهبُ مالِكٍ ، وإسحاقَ . ورُوِى عن أبى بَكرٍ ، وعمرَ ، وأبى موسى ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أنَّهم اسْتَأْجَرُوا الأُجَراءَ بطَعَامِهم وكُسْوَتِهم . ورُوِىَ عنه أنَّ ذلك جائزٌ فى الظِّئْرِ[2] [3] دونَ غيرِها . اخْتارَها القاضِى . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ذلك مَجْهُولٌ ؛ وإنَّما جازَ فى الظِّئْرِ[3] ، لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾[4] . فأوْجَبَ لهُنَّ النَّفَقَةَ والكُسْوَةَ على الرَّضَاعِ ، ولم يُفَرِّقْ بين

---

(٥٨) فى ب ، م : « مالكه » .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢) الظئر : المرضعة .

(٣ ـ ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

المُطَلَّقةِ وغيرِها ، بل فى الآيةِ قَرِينَةٌ تَدُلُّ على طَلَاقِها[5] ؛ لأنَّ الزَّوْجَةَ تَجِبُ نَفَقَتُها وكُسْوَتُها بالزَّوْجِيَّةِ وإن لم تُرْضِعْ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾[6] . والوارِثُ ليس بِزَوْجٍ ، ولأنَّ المَنْفَعةَ فى الحَضَانَةِ والرَّضَاعِ غيرُ مَعْلُومةٍ ، فجازَ أن يكونَ عِوَضُها كذلك . ورُوِىَ عنه رِوَايةٌ ثالِثةٌ : لا يجوزُ ذلك بحالٍ ، لا فى الظِّئْرِ ولا فى غيرِها . وبه قال الشافِعِىُّ وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ اخْتِلافًا كثيرًا مُتَبايِنًا ، فيكونُ مَجْهُولًا ، والأَجْرُ من شَرْطِه أن يكونَ مَعْلُومًا . ولنا : ما رَوَى ابنُ مَاجَه ، عن عُتْبَةَ بن النُّدَّرِ ، قال : كُنَّا عندَ رسولِ اللهِ ﷺ ، فقَرَأَ ﴿ طسٓ ﴾ حتى بَلَغَ قِصَّةَ مُوسَى ، قال : « إنَّ مُوسَى آجَرَ نَفْسَهُ ثَمَانِىَ سِنِينَ[7] أو عَشْرًا ، على عِفَّةِ فَرْجِه ، وطَعَامِ بَطْنِهِ »[8] . وشَرْعُ مَنْ قَبْلَنا شَرْعٌ لنا ، ما لم يَثْبُتْ نَسْخُه . وعن أبى هُرَيْرَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : كنتُ أجيرًا لِابْنَةِ غَزْوَانَ بِطَعَامِ بَطْنِى ، وعُقْبَةِ رِجلِى[9] ، أحْطِبُ لهم إذا نَزَلُوا ، وأَحْدُوا بهم إذا رَكِبُوا[10] . ولأنَّ مَنْ ذَكَرْنا من الصَّحَابةِ وغيرِهم[11] فَعَلُوه ، فلم يَظْهَرْ له نَكِيرٌ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّه قد ثَبَتَ فى الظِّئْرِ بالآيةِ ، فيَثْبُتُ فى غيرِها بالقِيَاسِ عليها ، ولأنَّه عِوَضُ مَنْفَعةٍ ، فقامَ العُرْفُ فيه مَقَامَ التَّسْمِيَةِ ، كنَفَقَةِ الزَّوْجةِ ، ولأنَّ [12]لِلْكُسْوةِ عُرْفًا[12] / ، وهى كُسْوةُ الزَّوْجاتِ ، ولِلإِطْعامِ عُرْفٌ ، وهو الإِطْعَامُ فى الكَفَّاراتِ ، فجازَ إطْلَاقُه ، كنَقْدِ البَلَدِ . ونَخُصُّ أبا حَنِيفةَ بأنَّ ما كان عِوَضًا فى الرَّضَاعِ ، جازَ فى الخِدْمَةِ ، كالأَثْمانِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّهما إن تَشَاحَّا فى مِقْدارِ الطَّعامِ والكُسْوةِ ، رَجَعَ فى

١٠٢/٥ ظ

(٥) فى ب : « فراقها » .
(٦) سورة البقرة ٢٣٣ .
(٧) فى م : « حجج » .
(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٥ .
(٩) أى للنوبة من الركوب .
(١٠) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب إجارة الأجير على طعام بطنه ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٨١٧/٢ .
(١١) سقط من : الأصل ، ب .
(١٢ – ١٢) فى الأصل : « الكسوة » .

القُوتِ إلى الإطْعامِ فى الكَفَّارَةِ ، وفى الكُسْوةِ إلى أقَلِّ مَلْبُوسٍ مثلِه . قال أحمدُ : إذا تَشاحَّا فى الطَّعَامِ ، يُحْكَمُ له بِمُدٍّ كلَّ يومٍ . ذَهَبَ به إلى ظاهِرِ ما أمَرَ اللهُ تعالى من إطْعامِ المَسَاكِينِ ، فَفَسَّرَتْ ذلك السُّنَّةُ بأنَّه مُدٌّ لكلِّ مِسْكِينٍ . ولأنَّ الإطْعامَ مُطْلَقٌ فى المَوْضِعَيْنِ ، فما فُسِّرَ به أحَدُهما يُفَسَّرُ به الآخَر . وليس له إطْعامُ الأجِيرِ إلَّا ما يُوَافِقُه من الأَغْذِيةِ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا ، ولا يمكنُه اسْتِيفَاءُ الواجِبِ له منه .

فصل : وإن شَرَطَ الأجِيرُ كُسْوَةً ونَفَقَةً مَعْلُومةً مَوْصُوفةً ، كما يُوصَفُ فى السَّلَمِ ، جازَ ذلك عندَ الجَمِيعِ . وإن لم يَشْتَرِطْ طَعَامًا ولا كُسْوةً ، فنَفَقَتُه وكُسْوَتُه على نَفْسِه . وكذلك الظِّئْرُ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا أعْلَمُ عن أحدٍ خِلَافًا فيما ذَكَرْتُ . وإن شَرَطَ لِلأجِيرِ طَعَامَ غيرِه وكُسْوَتَه مَوْصُوفًا ، جازَ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ ، أشْبَهَ ما لو شَرَطَ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، ويكونُ ذلك للأجِيرِ ، إن شاءَ أطْعَمَه ، وإن شاءَ تَرَكَه . وإن لم يكُنْ مَوْصُوفًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ ذلك مَجْهُولٌ ، احْتَمَلَ فيما إذا (١٣ شَرَطَه للأجِيرِ ١٣) للحاجةِ إليه ، وجَرَتِ العادَةُ به ، فلا يَلْزَمُه احْتِمالُها مع عَدَمِ ذلك . ولو اسْتَأْجَرَ دَابَّةً بِعَلَفِها ، أو بأجْرٍ مُسَمًّى وعَلَفِها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ ، ولا عُرْفَ له يَرْجِعُ إليه ، ولا نَعْلَمُ أحدًا قال بِجَوَازِه ، إلَّا أن يَشْتَرِطَه مَوْصُوفًا ، فيَجُوزُ .

فصل : وإن اسْتَغْنَى الأجِيرُ عن طَعَامِ المُؤْجِرِ بطَعَامِ نَفْسِه ، أو غيرِه ، أو عَجَزَ عن الأكْلِ لِمَرَضٍ أو غيرِه ، لم تَسْقُطْ نَفَقَتُه ، وكان له المُطَالَبَةُ بها ؛ لأنَّها عِوَضٌ ، فلا تَسْقُطُ بالغِنَى عنه ، كالدَّرَاهِمِ . وإن احْتاجَ لِدَواءٍ لِمَرَضِه ، لم يَلْزَمِ المُسْتَأْجِرَ ذلك ؛ لأنَّه لم يَشْرُطْ له الإطْعَامَ إلَّا صَحِيحًا ، لكنْ يَلْزَمُه له بِقَدْرِ طَعَامِ الصَّحِيحِ يَشْتَرِى له الأجيرُ به (١٤) ما يَصْلُحُ له (١٤) ؛ لأنَّ ما زادَ على طَعَامِ الصَّحِيحِ لم يَقَعِ العَقْدُ عليه ، فلا يُلْزَمُ به ، كالزَّائِدِ فى القَدْرِ .

(١٣ - ١٣) فى الأصل : « شرط الأجر » .

(١٤) سقط من : م .

فصل : إذا دَفَعَ إليه طَعَامَه ، فأَحَبَّ الأَجِيرُ أن يَسْتَفْضِلَ بعضَه لِنَفْسِه ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان المُؤْجِرُ دَفَعَ إليه أَكْثَرَ من الواجِبِ ، لِيَأْكُلَ قَدْرَ حاجَتِه ، ويَفْضُلُ الباقِى ، أو كان فى تَرْكِه لأَكْلِه كلِّه ضَرَرٌ على المُؤْجِرِ ، بأن يَضْعُفَ عن العَمَلِ ، أو يَقِلَّ لَبَنُ الظِّئْرِ ، مُنِعَ منه ؛ لأنَّه فى الصُّورةِ الأُولَى لم يُمَلِّكْهُ إيّاهُ ، وإنَّما أباحَه أَكْلَ قَدْرِ حاجَتِه ، وفى الثانية على المُؤْجِرِ ضَرَرٌ بتَفْوِيتِ بعضِ / مالِه من مَنْفَعَتِه ، فمُنِعَ منه ، كالجَمَّالِ إذا امْتَنَعَ من عَلْفِ الجِمَالِ . وإن دَفَعَ إليه قَدْرَ الواجِبِ من غيرِ زِيَادةٍ ، أو دَفَعَ إليه أَكْثَرَ ، ومَلَّكَه إيَّاه ، و لم يكُنْ فى تَفْضِيلِه لِبَعْضِه ضَرَرٌ بالمُؤْجِرِ ، جازَ ؛ لأنَّه حَقٌّ لا ضَرَرَ على المُؤْجِرِ فيه ، فأَشْبَهَ الدَّراهِمَ .

١٠٣/٥ و

فصل : وإن قَدَّمَ إليه طَعَامًا ، فنُهِبَ أو تَلِفَ قبلَ أَكْلِه ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان على مائِدَةٍ لا يَخُصُّهُ فيها بطَعَامِه ، فهو من ضَمَانِ المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْهُ إليه ، فكان تَلَفُه من مالِه ، وإن خَصَّهُ بذلك ، وسَلَّمَه إليه ، فهو من ضَمَانِ الأجِيرِ ؛ لأنَّه تَسْلِيمُ عِوَضٍ على وَجْهِ التَّمْلِيكِ ، أشْبَه البَيْعَ .

فصل : إذا دَفَعَ إلى رَجُلٍ ثَوْبًا ، وقال : بِعْهُ بكذا ، فما ازْدَدْتَ فهو لك . صَحَّ ، نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أحمدَ بن سَعِيدٍ . ورُوِى ذلك عن ابنِ عَبَّاسٍ . وبه قال ابنُ سِيرِينَ ، وإسحاقُ . وكَرِهَهُ النَّخَعِىُّ ، وحَمَّادٌ ، وأبو حنيفَةَ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه أجْرٌ مَجْهولٌ ، يَحْتَمِلُ الوُجُودَ والعَدَمَ . ولَنا ، ما رَوَى عَطَاءٌ ، عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أنَّه كان لا يَرَى بَأْسًا أن يُعْطِىَ الرَّجُلُ الرَّجُلَ الثَّوْبَ أو غيرَ ذلك ، فيقولَ : بِعْهُ بكذا وكذا ، فما ازْدَدْتَ فهو لك . ولا يُعْرَفُ له فى عَصْرِه مُخَالِفٌ . ولأنَّها عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها[١٥] ، أشْبَهَ دَفْعَ [١٦]مالِ المُضَارَبةِ[١٦] . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن باعَه بزِيَادَةٍ ، فهى له ؛ لأنَّه جَعَلَها أُجْرَةً ، وإن باعَه بالقَدْرِ المُسَمَّى من غيرِ زِيَادةٍ ،

---

(١٥) فى م : « فيها » .

(١٦ – ١٦) فى الأصل : « المال مضاربة » .

فلا شيءَ له ؛ لأنّه جعَلَ له الزِّيادةَ ، ولا زِيادةَ هـٰهُنا ، فهو كالمُضارِبِ إذا لم يَرْبَحْ . وإن باعَه بِنَقْصٍ عنه ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّه وَكِيلٌ مُخالِفٌ . وإن تَعذَّرَ رَدُّه ، ضَمِنَ النَّقصَ . وقد قال أحمدُ : يَضْمَنُ النُّقْصانَ مُطْلَقًا . وهذا قد مَضَى مثلُه فى الوَكالَةِ . وإن باعَه نَسِيئةً ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّ إطْلاقَ البَيْعِ يَقْتَضِي النَّقْدَ ، لما فى النَّسِيئَةِ من ضَرَرِ التَّأْخِيرِ والخَطَرِ بالمالِ ، لِيَحْصُلَ له نَفْعُ الرِّبْحِ . ويُفارِقُ المُضارِبَ على رِوايةٍ ، حيث يجوزُ له البَيْعُ نَساءً ؛ لأنَّه يَحْصُلُ لِرَبِّ المالِ (١٧) نَفْعٌ بما يَحْصُلُ من الرِّبْحِ فى مُقابَلةِ ضَرَرِه بالنَّسِيئَةِ ، وهـٰهُنا لا فائِدَةَ لِرَبِّ المالِ (١٧) فى الرِّبْحِ بحالٍ ، ولأنَّ مَقْصُودَ المُضارَبةِ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ ، وهو فى النَّسِيئَةِ أكْثَر ، وهـٰهُنا ليس مَقْصُودُ رَبِّ المالِ الرِّبْحَ ، ولاحَظَّ له فيه ، فلا فائِدَةَ له (١٨) فى النَّسِيئَةِ (١٨) . وقال أحمدُ ، فى رِوايةِ الأثْرَمِ : ليس له شىءٌ . يَعْنِى إذا زادَ على العَشرَةِ ؛ لأنَّ الإطْلاقَ إنَّما اقْتَضَى بَيْعَها حالًّا ، فإذا بَاعَ (١٩) نَسِيئةً ، فلم يَمْتَثِلِ الأمْرَ ، فلم يَسْتَحِقَّ شَيْئًا .

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوايةِ مُهَنَّا : لا بَأْسَ أن يَحْصُدَ الزَّرْعَ ، ويَصْرِمَ النَّخْلَ ، بِسُدُسِ ما يَخْرُجُ منه ، وهو أحَبُّ إلىَّ من المُقاطَعةِ . إنَّما جازَ هـٰهُنا ؛ لأنَّه / إذا شاهَدَه فقد عَلِمَه بالرُّؤْيةِ ، وهى أعْلَى طُرُقِ العِلْمِ ، ومن عَلِمَ شَيْئًا عَلِمَ جُزْأَه المُشاعَ ، فيكونُ أجْرًا مَعْلُومًا . واخْتارَه أحمدُ على المُقاطَعةِ مع أنَّها جائِزَةٌ ؛ لأنَّه ربَّما لم يَخْرُجْ من الزَّرْعِ (٢٠) مثلُ الذى قاطَعَه عليه ، وهـٰهُنا يكونُ أقَلَّ منه ضَرُورَةً .

١٠٣/٥ ظ

٩٠١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَكَذٰلِكَ الظِّئْرُ**)

يعنى أنَّه يجوزُ اسْتِئْجارُها بطَعامِها وكُسْوَتِها . وقد ذَكَرْنا ذلك ، والخِلافَ فيه .

(١٧ ـ ١٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(١٨ ـ ١٨) فى م : « فيه » .
(١٩) فى م : « باعها » .
(٢٠) فى م : « الأرض » .

وأجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على جَوازِ اسْتِئْجارِ الظِّئْرِ ، وهى : المُرْضِعَةُ . وهو فى كِتَابِ الله تعالى ، فى قولِه سُبْحَانَه وتعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[1] . واسْتَرْضَعَ النبىُّ ﷺ لِوَلَدِه إبراهِيمَ[2] . ولأنَّ الحاجةَ تَدْعُو إليه فوقَ دُعَائِها إلى غيرِه ، فإنَّ الطِّفْلَ فى العادَةِ إنَّما يَعِيشُ بالرَّضَاعِ ، وقد يَتَعَذَّرُ رَضَاعُه من أُمِّه ، فجازَ ذلك ، كالإجَارَةِ فى سائِرِ المَنَافِعِ ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن اسْتَأْجَرَها للرَّضَاعِ دُونَ الحَضَانَةِ ، أو لِلْحَضَانَةِ دونَ الرَّضَاعِ ، أولهما ، جازَ . وإن أطْلَقَ العَقْدَ على الرَّضَاعِ ، فهل تَدْخُلُ فيه الحَضَانَةُ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، لا تَدْخُلُ . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ العَقْدَ ما تَنَاوَلَها . والثانى : تَدْخُلُ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْى ؛ لأنَّ العُرْفَ جارٍ بأن المُرْضِعَةَ تَحْضُنُ الصَّبِىَّ ، فحُمِلَ الإطْلَاقُ على ما جَرَى به العُرْفُ والعادَةُ . ولأَصْحابِ الشافِعِىِّ وَجْهَانِ ، كهٰذَيْنِ . والحَضَانَةُ : تَرْبِيَةُ الصَّبِىِّ ، وحِفْظُه ، وجَعْلُه فى سَرِيرِه ، ورَبْطُه ، ودَهْنُه ، وكَحْلُه ، وتَنْظِيفُه ، وغَسْلُ خِرَقِه ، وأشْباهُ ذلك ، واشْتِقَاقُه من الحِضْنِ ، وهو ما تَحْتَ الإبطِ وما يَلِيه . وسُمِّيَتِ التَّربِيةُ حَضَانةً تَجَوُّزًا ، من حَضَانةِ الطَّيْرِ لِبَيْضِه وفِرَاخِه ؛ لأنَّه يَجْعَلُها تحت جَناحَيْه ، فسُمِّيَتْ تَرْبِيةُ الصَّبِىِّ بذلك أخْذًا من فِعْلِ الطَّائِرِ .

فصل : ويُشْتَرَطُ لهذا العَقْدِ أرْبَعةُ شُرُوطٍ ؛ أحدُها ، أن تكونَ مُدَّةُ الرَّضَاعِ مَعْلُومةً ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَقْدِيرُه إلَّا بها ، فإنَّ السَّقْىَ والعَمَلَ فيها يَخْتَلِفُ . الثانى ، مَعْرِفةُ الصَّبِىِّ بالمُشَاهَدةِ ؛ لأنَّ الرَّضَاعَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلافِ الصَّبِىِّ ، فى كِبَرِه وصِغَرِه ، ونَهْمَتِه وقَنَاعَتِه . وقال القاضى : يُعْرَفُ بالصِّفَةِ ، كالرَّاكِبِ . الثالث ، مَوْضِعُ الرَّضَاعِ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ ، فيَشُقُّ عليها فى بَيْتِه ، ويَسْهُلُ عليها فى بَيْتِها . الرابع ، مَعْرِفةُ العِوَضِ ، وكونُه مَعْلُومًا ، كما سَبَقَ .

---

(١) سورة الطلاق ٦ .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب رحمته ﷺ الصبيان والعيال ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤/١٨٠٨ .

فصل : واخْتُلِفَ فى المعقودِ عليه فى الرَّضَاعِ ، فقيل : هو خِدْمةُ الصَّبِىِّ وحَمْلُه وَوَضْعُ الثَّدْيِ فى (٣)فِيهِ ، واللَّبَنُ(٣) تبعٌ ، كالصِّبْغِ فى إجارَةِ الصَّبّاغِ ، وماءِ البِئْرِ فى الدَّارِ ؛ لأنَّ اللَّبَنَ عَيْنٌ من الأعْيانِ ، فلا يُعْقَدُ عليه فى الإجَارَةِ ، كَلَبَنِ غيرِ الآدَمِىِّ /وقيل : هو اللَّبَنُ . قال القاضى : هو أشْبَهُ ؛ لأنَّه المَقْصُودَ دونَ الخِدْمةِ ، ولهذا لو أرْضَعَتْه دونَ أن تَخْدُمَهُ ، اسْتَحقَّتِ الأُجْرَةَ ، ولو خَدَمَتْهُ بدون الرَّضَاعِ ، لم تَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ . فجعَلَ الأجْرَ مُرَتَّبًا على الإرْضاعِ ، فيَدُلُّ على أنَّه المَعْقُودُ عليه . ولأنَّ العَقْدَ لو كان على الخِدْمةِ ، لَما لَزِمَها سَقْيُه لَبَنَها . وأمَّا كونُه عَيْنًا ، فإنَّما جازَ العَقْدُ عليه فى الإجَارةِ رُخْصَةً ؛ لأنَّ غيرَه لا يَقُومُ مَقَامَه ، والضَّرُورَةُ تَدْعُو إلى اسْتِيفَائِه ، وإنَّما جازَ هذا فى الآدَمِيِّينَ دونَ سائِرِ الحَيَوانِ ، للضَّرُورَةِ إلى حِفْظِ الآدَمِىِّ ، والحاجَةِ إلى إبْقائِه .

١٠٤/٥ و

فصل : وعلى المُرْضِعَةِ أن تَأْكُلَ وتَشْرَبَ ما يَدِرُّ به لَبَنُها ، ويَصْلُحُ به ، ولِلْمُكْتَرِى مُطَالَبَتُها بذلك ؛ لأنَّه من تَمامِ التَّمْكِينِ من الرَّضَاعِ ، وفى تَرْكِه إضْرارٌ بالصَّبِىِّ . ومتى لم تُرْضِعْه ، (٤)وإنَّما أسْقَتْه(٤) لَبَنَ الغَنَمِ ، أو أطْعَمَتْه ، فلا أجْرَ لها ؛ لأنَّها لم تُوَفِّ المَعْقُودَ عليه ، فأشْبَهَ ما لو اكْتَراها لِخياطةِ ثَوْبٍ ، فلم تَخِطْهُ . وإن دَفَعَتْه إلى خادِمَتِها فأرْضَعَتْه ، فكذلك . وبه قال أبو ثَوْرٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْى : لها أجْرُها ؛ لأنَّ رَضَاعَه حَصَلَ(٥) بِفِعْلِها . ولَنا ، أنَّها لم تُرْضِعْه ، فأشْبَهَ ما لو سَقَتْه لَبَنَ الغَنَمِ . وإن اخْتَلَفَا ، فقالت : أرْضَعْتُه . فأنْكَرَ المُسْتَرْضِعُ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّها مُؤْتَمَنةٌ .

فصل : ويجوزُ لِلرَّجُلِ أن يُؤْجِرَ أَمَتَه ، ومُدَبَّرَتَه ، وأُمَّ وَلَدِه ، ومن عَلَّقَ عِتْقَها بصِفَةٍ ، والمَأْذُونَ لها فى التِّجَارَةِ ، للإرْضاعِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعَتِها ، أشْبَهَ إجارَتَها لِلْخِدْمةِ . وليس لواحِدَةٍ مِنْهُنَّ إجارَةُ نَفْسِها ؛ لأنَّ نَفْعَها لِسَيِّدِها . وإن كان لها وَلَدٌ ،

(٣ - ٣) فى م : « فمه » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « أو تسقيه » .

(٥) فى الأصل ، ب : « جعل » .

لم تَجُزْ إجارَتُها للإرْضاعِ ، إلَّا أن يكونَ لَبَنُها[٦] فَضَلَ عن رِيِّه[٧] ؛ لأنَّ الحَقَّ لِوَلَدِها ، وليس لِسَيِّدِها إلَّا ما فَضَلَ عنه . وإن كانت مُزَوَّجَةً ، لم تَجُزْ إجارَتُها لذلك إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ حَقَّ الزَّوْجِ ، لِاشْتِغَالِها عنه بإرْضاعِ الصَّبِىِّ وحَضَانَتِه . فإن أجَرَها للرَّضَاعِ ، ثم زَوَّجَها ، صَحَّ النِّكاحُ ، ولا يَنْفَسِخُ عَقْدُ الإجَارَةِ ، ويكون للزَّوْجِ أن يَسْتَمْتِعَ بها فى حالِ فَرَاغِها من الرَّضَاعِ والحَضَانَةِ . وقال مالِكٌ : لَيس لِزَوْجِها وَطْؤُها إلَّا بِرِضَى المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّه يَنْقُصُ اللَّبَنَ ، وقد يَقْطَعُه . ولَنا ، أنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ مُسْتَحَقٌّ ، فلا يَسْقُطُ لأمْرٍ مَشْكُوكٍ فيه . وليس لِلسَّيِّدِ إجَارَةُ مُكَاتَبَتِه ؛ لأنَّ مَنَافِعَها لها[٨] ، ولذلك لم يَمْلِكْ سَيِّدُها تَزْوِيجَها ، ولا وَطْأَها ، ولا إجارَتَها فى غيرِ الرَّضَاعِ . ولها أن تُؤْجِرَ نَفْسَها ؛ لأنَّه من جِهَاتِ الاكْتِسَابِ .

فصل : ويجوزُ لِلرَّجُلِ اسْتِئْجارُ أُمِّه[٩] ، وأُخْتِه ، وابْنَتِه ، / لِرَضَاعِ وَلَدِه ، وكذلك سائِرِ أَقَارِبِه ، بغيرِ خِلَافٍ . وإن اسْتَأْجَرَ امْرَأَتَه لِرَضَاعِ وَلَدِه منها ، جازَ . هذا الصَّحِيحُ من مذهبِ أحمدَ ، وذَكَرَهُ الخِرَقِىُّ فقال : وإن أرَادَتِ الأُمُّ أن تُرْضِعَه بأجْرِ مِثْلِها ، فهى أحَقُّ به من غيرِها ، سواءٌ كانت فى حِبَالِ الزَّوْجِ أو مُطَلَّقَتَهُ . وقال القاضى : ليس لها[١٠] ذلك . وتَأَوَّلَ كَلَامَ الخِرَقِىِّ على أنَّها فى حِبَالِ زَوْجٍ آخَرَ . وهذا قولُ أصْحابِ الرَّأْى . وحُكِىَ عن الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه قد اسْتَحَقَّ حَبْسَها والاسْتِمْتاعَ بها بِعِوَضٍ ، فلا يجوزُ أن يَلْزَمَه عِوَضٌ آخَرُ لذلك . ولَنا ، أنَّ كُلَّ عَقْدٍ يَصِحُّ أن تَعْقِدَه مع غيرِ الزَّوْجِ ، يَصِحُّ أن تَعْقِدَه معه ، كالبَيْعِ ، ولأنَّ مَنَافِعَها فى الرَّضَاعِ والحَضَانَةِ غيرُ مُسْتَحَقَّةٍ للزَّوْجِ ، بِدَلِيلِ أنَّه لا يَمْلِكُ إجْبَارَها على حَضَانَةِ وَلَدِها ، ويجوزُ لها أن

١٠٤/٥ ظ

---

(٦) فى ب ، م : « فيها » .
(٧) فى ب ، م : « ربه » .
(٨) فى م : « إليها » .
(٩) فى ب ، م : « أمته » .
(١٠) فى الأصل ، ب : « له » .

تَأْخُذَ عليها العِوَضَ من غيرِه ، فجازَ لها أَخْذُه[11] منه ، كثَمَنِ مالِها . وقولُهم : إنَّها اسْتَحَقَّتْ عِوَضَ الحَبْسِ والاسْتِمْتاعِ . قُلْنا : هذا غيرُ الحَضَانةِ ، واسْتِحْقاقُ مَنْفعةٍ من وَجْهٍ ، لا يَمْنَعُ اسْتحْقاقَ مَنْفَعةٍ سواها بعِوَضٍ آخَرَ ، كما لو اسْتَأْجَرَها أَوَّلًا ثم تَزَوَّجَها . وتأْوِيلُ القاضِى كَلَامَ الخِرَقِىِّ ، يُخَالِفُ الظَّاهِرَ من وَجْهَيْنِ ؛ أحَدهما ، أنَّ الألِفَ واللَّامَ فى الزَّوْجِ لِلْمَعْهُودِ[12] ، وهو زَوْجُها أبو الطِّفْلِ . والثانى ، أنَّها إذا كانت فى حِبَالِ زَوْجٍ آخَرَ ، لا تكونُ أحَقَّ به ، بل يَسْقُطُ حَقُّها من الحَضَانةِ ، ثم ليس لها أن تُرْضِعَ إلَّا بإذْنِ زَوْجِها ، ففَسَدَ التَّأْوِيلُ .

فصل : وتَنْفَسِخُ الإجارَةُ بمَوْتِ المُرْضِعَةِ ؛ لِفَواتِ المَنْفَعةِ بهَلَاكِ مَحلِّها . وحُكِىَ عن أبى بكرٍ : أنَّها لا تَنْفَسِخُ ، ويَجِبُ فى مالِها أجْرُ مَن تُرْضِعُه تَمَامَ الوَقْتِ ؛ لأنَّه كالدَّيْنِ . ولَنا ، أنَّه هَلَكَ المَعْقُودُ عليه ، أشْبَهَ ما لو هَلَكَتِ البَهِيمَةُ المُسْتَأْجَرَةُ . وإن ماتَ الطِّفْلُ انْفَسَخَ العَقْدُ ؛ لأنَّه يَتَعَذَّرُ اسْتِيفاءُ المَعْقُودِ عليه ، لأنَّه لا يُمْكِنُ إقامَةُ غيرِه مُقَامَه ، لِاخْتِلافِ الصِّبْيانِ فى الرَّضَاعِ ، واخْتِلَافِ اللَّبَنِ باخْتِلَافِهم ، فإنَّه قد يَدِرُّ على أحَدِ الوَلَدَيْنِ دونَ الآخَرِ . وهذا مَنْصُوصُ الشافِعِىِّ . وإذا انْفَسَخَ العَقْدُ عَقِيبَه ، بَطَلَتِ الإجَارةُ من أصْلِها ، وَرجَعَ المُسْتَأْجِرُ بالأجْرِ كلِّه ، وإن كان فى أثْناء المُدَّةِ ، رَجَعَ بحِصَّةِ ما بَقِىَ .

٩٠٢ ـ مسألة ؛ قال : (ويُسْتَحَبُّ أنْ تُعْطَى عِنْدَ الْفِطَامِ عَبْدًا أوْ أمَةً ، كَمَا جَاءَ فِى الخَبَرِ ، إذا كَانَ المُسْتَرْضِعُ مُوسِرًا)

يَعْنِى بالخَبَرِ ، ما رَوَى أبو دَاوُدَ[1] ، بإسْنادِه ، عن هِشَامِ بن عُرْوَةَ ، عن أبِيه ،

---

(١١) فى الأصل : « أن تأخذه » .

(١٢) فى الأصل : « للمعقود » .

(١) فى : باب فى الرضخ عند الفصال ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٧٦ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء ما يذهب مذمة الرضاع ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥/٩٨ ، والنسائى ، فى : باب حق الرضاع وحرمته ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٨٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٥٠ .

عن حَجَّاجِ بن حَجَّاجٍ الأسْلَمِىّ ، عن أبيه ، قال : قلتُ : يا رسولَ الله ، ما يُذْهِبُ عَنِّى مَذمَّةَ الرَّضَاعِ ؟ قال : / « الغُرَّةُ العَبْدُ أو الْأَمَةُ » . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ[2] صَحِيحٌ . قال ابن الجَوْزِىِّ : المَذِمَّةُ ، بِكَسْرِ الذَّالِ ، من الذِّمَامِ ، وبفَتْحِها من الذَّمِّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : إنَّما خَصَّ الرَّقَبَةَ بالمُجازَاةِ بها دونَ غيرِها ؛ لأنَّ فِعْلَها فى[3] إرْضَاعِه وحَضَانَتِه ، سَبَبُ حَيَاتِه وبَقَائِه وحِفْظِ رَقَبَتِه ، فاسْتُحِبَّ جَعْلُ الجَزَاءِ هِبَتَها رَقَبَةً ، لِيُناسِبَ ما[4] بين النِّعْمةِ والشُّكْرِ ، ولهذا جَعَلَ اللهُ تعالى المُرْضِعةَ أُمًّا ، فقال تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ آللَّاتِى أَرْضَعْنَكُمْ ﴾[5] . وقال النبىُّ ﷺ : « لَا يَجْزِى وَلَدٌ وَالِدَهُ ، إلَّا أنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَعْتِقَهُ »[6] . وإن كانت المُرْضِعَةُ مَمْلُوكةً ، اسْتُحِبَّ إعْتَاقُها ؛ لأنَّه يُحَصِّلُ أخَصَّ الرِّقَابِ بها[7] ، وتَحْصُلُ به المُجازَاةُ التى جَعَلَهَا النبىُّ ﷺ مُجازَاةً لِلْوالِدِ من النَّسَبِ .

١٠٥/٥ و

٩٠٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اكْتَرَى دَابَّةً إلَى مَوْضِعٍ[1] ، فجَاوَزَه ، فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ المَذْكُورَةُ ، وأُجْرَةُ المِثْلِ لِمَا جَاوَزَهُ ، وإنْ تَلِفَتْ فَعَلَيْهِ أيْضًا قِيمَتُهَا)

الكلامُ فى هذه المسألة فى فَصْلَيْنِ :

أحَدُهما : فى الأجْرِ الواجِبِ ، وهو المُسَمَّى ، وأجْرِ المِثْلِ للزّائِد . نَصَّ عليه أحمدُ

---

(٢) سقط من : ب .
(٣) فى ب : « من » .
(٤) سقط من : م .
(٥) سورة النساء ٢٣ .
(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب فضل عتق الوالد ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٨/٢ . وأبو داود ، فى : باب فى بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٢٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى حق الوالدين ، من أبواب البر . عارضة الأحوذى ٩٩/٨ . وابن ماجه ، فى : باب بر الوالدين ، من كتاب الأدب ، سنن ابن ماجه ١٢٠٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٠/٢ ، ٢٦٣ ، ٣٧٦ ، ٤٤٥ .
(٧) فى م زيادة : « لها » .
(١) فى الأصل : « مكان » .

ولا خِلَافِ فيه بين أصْحَابنا ، ذَكَرَ القاضِى ذلك . ورَوَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه عن أبى الزِّنادِ ، أَنَّه ذَكَرَ[2] فُقهاءَ المَدِينَةِ السَّبْعَة ، وقال : رُبَّما اخْتَلَفُوا فى الشىءِ ، فأَخَذْنَا بقولِ أكْثَرِهم وأَفْضَلِهِم رَأْيًا ، فكان الذى وَعَيْتُ عنهم على هذه الصِّفَةِ ، أَنَّ من اكْتَرَى دَابَّةً إلى بَلَدٍ ، ثم جاوَزَ ذلك إلى بَلَدٍ سِوَاهُ ، فإنّ الدَّابةَ إن سَلِمَتْ فى ذلك كلِّه ، أَدَّى كِرَاءَهَا وكِرَاءَ ما بعدها ، وإن تَلِفَتْ فى [3]تَعَدِّيهِ بها[3] ضَمِنَها ، وأَدَّى كِرَاءَها الذى تَكَارَاها به . وهذا قولُ الحَكَمِ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، والشّافِعِىّ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ : لا أجْرَ عليه لما زادَ ؛ لأَنَّ المَنافِعَ عندَهما لا تُضْمَنُ فى الغَصْبِ . وحُكِى عن مالكٍ أَنَّه إذا تَجاوَزَ بها إلى مَسافةٍ بَعِيدَةٍ ، يُخَيَّرُ[4] صَاحِبُها بين أَجْرِ المِثْلِ وبين المُطَالَبةِ بقِيمَتِها يومَ التَّعَدِّى ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ بإمْسَاكِها ، حابِسٌ لها عن أسْواقِها ، فكان لِصَاحِبِها تَضْمِينُها إيَّاه . ولَنا ، أنَّ العَيْنَ باقِيةٌ بحَالِها ، يمكن أخْذُها ، فلم تَجِبْ قِيمَتُها ، كما لو كانت المَسافةُ قَرِيبةً . وما ذَكَره تَحَكُّمٌ لا دَلِيلَ عليه ، ولا نَظِيرَ له ، فلا يجوزُ المَصِيرُ إليه . وقد مَضَى الكَلَامُ مع أبى حنيفةَ فى الغَصْبِ .

الفصلُ الثانى : فى الضَّمَانِ ، ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ وُجُوبُ قِيمَتِها إذا تَلِفَتْ به ، سواءٌ تَلِفَتْ فى الزِّيَادَةِ ، أو بعدَ رَدِّها إلى المَسافةِ ، وسواءٌ كان صَاحِبُها مع المُكْتَرِى ، أو لم يكُنْ . وهذا ظاهِرُ مَذْهَبِ الفُقَهاءِ السَّبْعَة ، إذا / تَلِفَتْ حال التَّعَدِّى ؛ لما حَكَيْنا عنهم . وقال القاضى : إن كان المُكْتَرِى نَزَلَ عنها ، وسَلَّمَها إلى صَاحِبِها ، لِيُمْسِكَها أو يَسْقِيَها ، فتَلِفَتْ ، فلا ضَمَانَ على المُكْتَرِى ، وإن هَلَكَتْ[5] والمُكْتَرِى راكِبٌ عليها ، أو حِمْلُه عليها ، فعليه ضَمَانُها . وقال أبو الخَطَّابِ : إن كانت يَدُ صَاحِبِها عليها ، احْتَمَلَ أن يَلْزَمَ المُكْتَرِىَ جَمِيعُ قِيمَتِها ، واحْتَمَلَ أن يَلْزَمَهُ نِصفُ قِيمَتِها . وقال

١٠٥/٥ ظ

---

(٢) فى ب ، م زيادة : « عن » .
(٣ - ٣) فى م : « تعديها » .
(٤) فى الأصل : « خير » .
(٥) فى ب : « تلفت » .

أصْحابُ الشافِعِيِّ : إن لم يكُنْ صَاحِبُها معها ، لَزِمَ المُكْتَرِىَ قِيمَتُها كلُّها ، وإن كان معها فتَلِفَتْ فى يَدِ صَاحِبِها ، لم يَضْمَنْها المُكْتَرِى ؛ لأنَّها تَلِفَتْ فى يَدِ صَاحِبها ، أشْبَهَ ما لو تَلِفَتْ بعد مُدَّةِ التَّعَدِّى . وإن تَلِفَتْ تحت الرّاكِبِ ، ففيه قَوْلَانِ ؛ أحدهما ، يَلْزَمُه نِصْفُ قِيمَتِها ؛ لأنَّها تَلِفَتْ بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ وغيرِ مَضْمُونٍ ، أشْبَهَ ما لو تَلِفَتْ بِجِرَاحَتِه وجِرَاحةِ مَالِكِها . والثانى ، تُقَسَّطُ القِيمَةُ على المَسافَتَيْنِ ، فما قابَلَ مَسافَةَ الإِجارَةِ سَقَطَ ، ووَجَبَ الباقِى . ونحوُ هذا قولُ أبى حنيفةَ ، فإنَّه قال :[6] من اكْتَرَى جَمَلًا لِحَمْلِ تِسْعَةٍ ، فَحَمَلَ عَشَرَةً ، فتَلِفَ ، فعلى المُكْتَرِى عُشْرُ قِيمَتِه . ومَوضِعُ الخِلَافِ فى لُزُومِ كَمالِ القِيمَةِ إذا كان صَاحِبُها مع رَاكِبِها ، أو تَلِفَتْ فى يَدِ صَاحِبِها . فأمَّا إذا تَلِفَتْ حالَ التَّعَدِّى ، ولم يكنْ صَاحِبُها مع رَاكِبِها ، فلا خِلَافَ فى ضَمَانِها بكَمالِ قِيمَتِها ؛ لأنَّها تَلِفَتْ فى يَدٍ عَادِيَةٍ ، فوَجَبَ ضَمَانُها كالمَغْصُوبةِ . وكذلك إذا تَلِفَتْ تحتَ الرّاكِبِ ، أو تَحْتَ حِمْلِه ، وصَاحِبُها معها ؛ لأنَّ اليَدَ للرّاكِبِ وصاحِبِ الحِمْلِ ، بِدَلِيلِ أنَّهما لو تَنَازَعا دَابَّةً أحَدُهُما رَاكِبُها ، أو له عليها حِمْلٌ ، والآخَرُ آخِذٌ بزِمَامِها ، لَكانت للرّاكِبِ ولِصَاحِبِ الحِمْلِ . ولأنَّ الرّاكِبَ مُتَعَدٍّ بالزِّيادَةِ ، وسُكُوتُ صاحِبِها لا يُسْقِطُ الضَّمَانَ ، كمن جَلَسَ إلى إنْسانٍ فحَرَقَ ثِيَابَه وهو ساكِتٌ . ولأنَّها إن تَلِفَتْ بِسَبَبِ تَعَبِها ، فالضَّمانُ على المُتَعَدِّى ، كمن أَلْقَى حَجَرًا فى سَفِينَةٍ مُوقَرَةٍ فغَرَّقَها . فأمَّا إن تَلِفَتْ فى يَدِ صَاحِبِها بعدَ نُزُولِ الرّاكِبِ عنها ، فيُنْظَرُ ؛ فإن كان تَلَفُها بِسَبَبِ تَعَبِها بالحِمْلِ والسَّيْرِ ، فهو كما لو تَلِفَتْ تحت الحِمْلِ والرَّاكِبِ ، وإن تَلِفَتْ بِسَبَبٍ آخرَ من افْتِراسِ سَبُعٍ أو سُقُوطٍ فى هُوَّةٍ ونحوِ ذلك ، فلا ضَمَانَ فيها ؛ لأنَّها لم تَتْلَفْ فى يَدٍ عَادِيَةٍ ، ولا بِسَبَبِ عُدْوانٍ . وقولهم : تَلِفَتْ[7] بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ

---

(٦) فى الأصل زيادة : « فى » .

(٧) فى الأصل : « فاتت » .

وغيرِ مَضْمُونٍ ، أشْبَهَ ما لو تَلِفَتْ بجِرَاحَتَيْنِ . يَبْطُلُ بما إذا قُطِعَ السَّارِقُ ، ثم قَطَعَ آخَرُ يَدَه عُدْوانًا ، فماتَ منهما ، وفارَقَ ما ذكَرْنا[8] إذا جَرَحَ نَفْسَه وجَرَحَه غيرُه ؛ لأنَّ الفِعْلَيْنِ عُدْوانٌ ، فَقُسِّمَ الضَّمَانُ عليهما .

فصل : ولا يَسْقُطُ الضَّمانُ بَرَدِّها إلى المَسَافةِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، وأبو يُوسُفَ ، والشافِعِيُّ . وقال محمدٌ / : يَسْقُطُ ، كما لو تَعَدَّى فى الوَدِيعةِ ، ثم رَدَّها . ولَنا ، أنها يَدٌ صارتْ[9] ضامِنَةً ، فلا يَزُولُ الضَّمانُ عنها إلَّا بإذْنٍ جَدِيدٍ ، ولم يُوجَدْ . وما ذكَرُوه فى الوَدِيعةِ لا نُسَلِّمُه إلَّا أن يَرُدَّها إلى مالِكِها ، أو يُجَدِّدَ له إذْنًا . ١٠٦/٥ و

٩٠٤ ــ مسألة ؛ قال : (وكَذٰلِكَ إنِ اكْتَرَى لِحُمُولَةِ شَىْءٍ ، فَزَادَ عَلَيْهِ)

(1 وجملةُ ذلك أنَّ مَن اكْتَرَى لِحَمْلِ شىءٍ ، فزادَ عليه 1) ، مثل أن يَكْتَرِيهَا لِحَمْلِ قَفِيزَيْنِ ، فحَمَلَ ثَلاثةً ، فحُكْمُه حُكْمُ مَن اكْتَرَى إلى مَوْضِعٍ فجاوَزَه[2] ، فى وُجُوبِ الأجْرِ المُسَمَّى ، وأجْرِ المِثْلِ لما زادَ ، ولُزُومِ الضَّمانِ إن تَلِفَتْ . هذا قولُ الشافِعِىِّ . وحَكَى القاضِى أن قولَ أبى بكرٍ فى هذه المَسْأَلةِ وُجُوبُ أجْرِ المِثْلِ فى الجَميعِ ، وأخَذَهُ من قولِه فى من اسْتَأْجَرَ أرْضًا لِيَزْرَعَها شَعِيرًا ، فزَرَعَها حِنْطةً ، قال : عليه أجْرُ المِثْلِ لِلْجَمِيعِ ؛ لأنَّه عَدَلَ عن المَعْقُودِ عليه إلى غيرِه ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرَ أرْضًا ، فزَرَعَ أُخْرَى . فجَمَعَ القاضى بين مَسْأَلةِ الخِرَقِىِّ ومَسْأَلةِ أبى بكرٍ ، وقال : يُنْقَلُ قولُ كلِّ واحدٍ من إحْدَى المَسْأَلَتينِ إلى الأُخْرى ، لتَساوِيهِما فى أنَّ الزِّيادَةَ لا تَتَمَيَّزُ ، فيكونُ فى المَسْأَلَتَيْنِ وَجْهانِ . وليس الأمْرُ كذلك ، فإن بين المسْألَتَيْنِ فَرْقًا ظاهِرًا ، فإنَّ الذى حَصَلَ التَّعَدِّى فيه فى الحَمْلِ مُتَمَيِّزٌ عن[3] المَعْقُودِ عليه ، وهو القَفِيزُ الزائِدُ ، بخِلَافِ الزَّرْعِ ، ولأنَّه فى مسْألةِ الحَمْلِ اسْتَوْفَى المَنْفعةَ المَعْقُودَ عليها

---

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١ – ١) سقط من : ب .

(٢) فى م زيادة : « إلى سواه » .

(٣) فى ب : « على » .

وزَادَ ، وفى الزَّرْعِ لم يَزْرَعْ ما وَقَعَ العَقْدُ عليه ، ولهذا عَلَّلَه أبو بكرٍ بأنَّه عَدَلَ عن المَعْقُودِ عليه ، ولا يَصِحُّ هذا القولُ فى مَسْأَلةِ الحَمْلِ ، فإنَّه قد حَمَلَ المَعْقُودَ عليه وزَادَ عليه ، بل إلحاقُ هذه المَسْأَلةِ بما إذا اكْتَرَى مسافَةً فزادَ عليها أشَدُّ ، وشَبَهُها بها أشَدُّ ، ولأنَّه فى مَسْأَلةِ الحَمْلِ مُتَعَدٍّ بالزِّيادَةِ وحدَها ، وفى مَسْأَلةِ الزَّرْعِ مُتَعَدٍّ بالزَّرْعِ كلِّه ، فأشْبَهَ الغاصِبَ . فأمَّا مَسْأَلَةُ الزَّرْعِ فيما إذا اكْتَرَى أرْضًا ليزْرعَ[4] الشَّعِيرَ ، فزَرَعَ حِنْطةً ، فقد نَصَّ أحمدُ ، فى رِوَايةِ عبدِ الله ، فقال : يَنْظُرُ ما يَدْخُلُ على الأرْضِ من النُّقْصانِ ما بين الحِنْطةِ والشَّعِيرِ ، فيُعطِى رَبَّ الأرْضِ . فجعل هذه المَسألة كمَسْأَلَتِى الخِرَقِىِّ ، فى إيجابِ المُسَمَّى وأجْرِ المِثْلِ لِلزّائِدِ[5] . وَوَجْهُه أنَّه لمَّا عَيَّنَ الشَّعِيرَ ، لم يَتَعَيَّنْ ، ولم يَتَعَلَّق العَقْدُ بعَيْنِه ، كما سَبَقَ ذِكْرُه ، ولهذا قُلْنا : له زَرْعُ مِثْلِه ، وما هو دُونَه فى الضَّرَرِ . فإذا زَرَعَ حِنْطةً ، فقد اسْتَوْفَى حَقَّه وزِيَادَةً ، أشْبَه ما لو اكْتَراها إلى مَوْضِعٍ فجَاوَزَه . وقال أبو بكرٍ : له أجْرُ المِثْلِ . وعَلَّلَه بأنَّه عَدَلَ عن المَعْقُودِ عليه ، فإنَّ الحِنْطةَ ليست شَعِيرًا وزِيَادَةً . وإن قُلْنا : إنَّه قد اسْتَوْفَى المَعْقُودَ عليه وزِيَادةً ، غيرَ / أنَّ الزِّيادَةَ ليست مُتَمَيِّزةً عن المَعْقُودِ عليه . بخِلَافِ مَسْأَلَتِى الخِرَقِىِّ . وقال الشافِعِىُّ : المُكْرِى[6] يُخَيَّرُ بين أخْذِ الكِرَاءِ وما نَقَصَتِ الأرْضُ عمَّا يَنْقُصُها الشَّعِيرُ ، وبين أخْذِ كِرَاءِ مِثْلِها لِلْجَمِيعِ ؛ لأنَّ هذه المَسْألةَ أخَذَتْ شَبَهًا من أصْلَيْنِ ؛ أحدهما ، إذا رَكِبَ دَابَّةً فجازَ بها المَسافَةَ المَشْرُوطةَ[7] ؛ لكَوْنِه اسْتَوْفَى المَعْقُودَ عليه وزِيَادَةً . والثانى ، إذا اسْتَأْجَرَ أرْضًا فزَرَعَ غيرَها ؛ لأنَّه زَرَعَ مُتَعَدِّيًا ، فلهذا خَيَّرَهُ بينهما ، ولأنَّه وُجِدَ سَبَبٌ يَقْتَضِى كلَّ واحِدٍ من الحُكْمَيْنِ ، وتَعَذَّرَ الجَمْعُ بينهما ، فكان له أوْفَرُهما . وفَوَّضَ اخْتِيارَه إلى المُسْتَحِقِّ ، كقَتْلِ العَمْدِ . ومن نَصَرَ أبا بكرٍ ،

١٠٦/٥ ظ

---

(٤) فى ب ، م : « لزرع » .
(٥) فى الأصل : « الزائد » .
(٦) فى ب ، م : « المكترى » .
(٧) فى الأصل : « المشترطة » .

قال : هذا مُتَعَدٍّ بالزَّرْعِ كلِّه ، فكان عليه أجْرُ المِثْلِ ، كالغاصِبِ ، ولهذا يَمْلِكُ رَبُّ الأرْضِ مَنْعَه من زَرْعِه ، ويَمْلِكُ أخْذَه بنَفَقَتِه إذا زَرَعَه . ويُفارِقُ مَن زادَ على حَقِّه زِيادَةً مُتَمَيِّزَةً ، فإنَّه غيرُ مُتَعَدٍّ بالجَمِيعِ ، إنَّما تَعَدَّى بالزِّيادَةِ وحدَها ، ولهذا لا يَمْلِكُ المُكْرِى مَنْعَه من الجميعِ ، ونَظِيرُ هاتَيْنِ المسْألَتَيْنِ ، مَن اكْتَرَى غُرْفَةً لِيَجْعَلَ فيها أقْفِزَةَ حِنْطَةٍ ، فتَرَكَ فيها أكْثَرَ منها ، ومن اكْتَراها لِيَجْعَلَ فيها قِنْطارًا من القُطْنِ ، فجَعَلَ فيها قِنْطارًا من حَدِيدٍ ، ففى الأُولَى ، له المُسَمَّى وأجْرُ الزِّيادةِ ، وفى الثانيةِ يُخَرَّجُ فيها من الخِلَافِ مثلُ ما قُلْنا فى مَسْألَةِ الزَّرْعِ . وحُكْمُ المُسْتَأْجِرِ الذى يَزْرَعُ أضَرَّ ممَّا اكْتَرَى له ، حُكْمُ الغاصِبِ ، لِرَبِّ الأرْضِ مَنْعُه فى الابْتِداءِ ، لما يَلْحَقُه من الضَّرَرِ ، فإن زَرَعَ ، فرَبُّ الأرْضِ مُخَيَّرٌ بين تَرْكِ الزَّرْعِ بالأجْرِ ، وبينَ أخْذِه ودَفْعِ النَّفَقةِ ، وإن لم يَعْلَمْ حتى أخَذَ المُسْتَأْجِرُ زَرْعَه ، فله الأُجْرَةُ لا غيرُ ، على ما ذَكَرْنا فى بابِ الغَصْبِ .

فصل : وإن اكْتَرَى دَابَّةً إلى مَسافةٍ ، فسَلَكَ أشَقَّ منها ، فهى مثلُ مَسْألَةِ الزَّرْعِ ، يُخَرَّجُ فيها وَجْهانِ ، قِياسُ المَنْصُوصِ عن أحمدَ ، أنَّ له الأجْرَ المُسَمَّى وزِيادَةً ، لكَوْنِ المَسافةِ لا تَتَعَيَّنُ على قولِ أصْحابنا ، وقِياسُ قولِ أبى بكرٍ ، أنَّ له أجْرَ المِثْلِ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ غيرُ مُتَمَيِّزةٍ ، ولأنَّه مُتَعَدٍّ بالجميعِ ، بدَلِيلِ أنَّ لِرَبِّ الدَّابةِ مَنْعَه من سُلُوكِ تِلك الطَّرِيقِ كلِّها ، بخِلَافِ من سَلَكَ تلك[8] الطَّرِيقَ وجاوَزَ ، فإنَّه إنما يَمْنَعُه الزِّيادَةَ لا غيرُ . وإن اكْتَرَى لِحَمْلِ قُطْنٍ فحَمَلَ بوَزْنِه حَدِيدًا ، أو لِحَمْلِ حَدِيدٍ فحَمَلَ قُطْنًا ، فعليه[9] أجْرُ المِثْلِ هٰهُنا ؛ لأنَّ ضَرَرَ أحَدِهما مُخالِفٌ لِضَرَرِ الآخَرِ[10] ، فلم يَتَحَقَّقْ كونُ المَحْمُولِ مُشْتَمِلًا على المُسْتَحقِّ بعَقْدِ الإجَارةِ وزِيَادَةٍ عليه ، بخِلَافِ ما قبلَها من المَسائِلِ . وسائِرُ مَسائِلِ العُدْوانِ فى الإجَارةِ يُقَاسُ على ما ذَكَرْنا من المسائِلِ ما كان مُتَمَيِّزًا ، / وما لم يكُنْ مُتَمَيِّزا فتُلْحَقُ كلُّ مَسْألةٍ بنَظِيرَتِها . ٥/١٠٧ و

---

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) فى م : « فالصحيح أن عليه » .

(١٠) فى م : « الأرض » .

فصل : إذا أكْراه لِحَمْلِ قَفِيزَيْن ، فحَمَلَهُما ، فوَجَدَهُما ثلاثةً ، فإن كان المُكْتَرِى تَوَلَّى الكَيْلَ و لم يَعْلَمِ المُكْرِى بذلك ، فحُكْمُه حُكْمُ من اكْتَرَى لِحمُولةِ شيءٍ فزَادَ عليه ، وإن كان المُكْرِى تَوَلَّى كَيْلَه وتَعْبِئَتَه و لم يَعْلَم المُكْتَرِى بذلك[١١] ، فهو غاصِبٌ ، لا أجْرَ له فى حَمْلِ الزّائِدِ . وإن تَلِفَتْ دَابَّتُه ، فلا ضَمانَ لها ؛ لأنَّها تَلِفَتْ بِعُدْوانِ صاحِبِها ، وحُكْمُه فى ضَمانِ الطَّعامِ ، حُكْمُ من غَصَبَ طَعَامَ غيرِه . وإن تَوَلَّى ذلك أجْنَبِيٌّ ، و لم يَعْلَمِ المُكْرِى والمُكْتَرِى ، فهو مُتَعَدٍّ عليهما ، يَلْزَمُه لِصَاحِبِ الدّابةِ الأجْرُ ، ويَتَعَلَّقُ به الضَّمانُ ، ويَلْزَمُه لِصَاحِبِ الطّعامِ ضَمَانُ طَعَامِه ، وسواءٌ كَالَهُ أحَدُهُما وَوَضَعَه الآخَـرُ على ظَهْرِ الدّابّةِ ، أو كان الذى كالَه وعَبَّاهُ وَضَعَه على ظَهْرِها . وقال أصحابُ الشافِعِىِّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ : إذا كَالَهُ المُكْتَرِى وَوَضَعَه المُكْرِى على ظَهْرِ البَهِيمةِ ، لا ضَمانَ على المُكْتَرِى ؛ لأنَّ المُكْرِىَ مُفَرِّطٌ فى حَمْلِه . ولَنا ، أن التَّدْلِيسَ[١٢] من المُكْتَرِى ، إذ أخْبَرَه بِكَيْلِها على خِلَافِ ما هو به ، فلَزِمَه الضَّمانُ ، كما لو أمَرَ أجْنَبِيًّا بِتَحْمِيلِها . فأمَّا إن كَالَها المُكْتَرِى ، ورَفَعَها المُكْرِى على الدّابّةِ . عَالِمًا بِكَيْلِها ، لم يَضْمَن المُكْتَرِى دَابّتَه إذا تَلِفَتْ ؛ لأنَّه فَعَلَ ذلك من غير تَدْلِيسٍ ولا تَغْرِيرٍ . وهل له أجْرُ القَفِيزِ الزّائِدِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، لا أجْرَ له ؛ لأنَّ المُكْتَرِىَ لم يَجْعَلْ له على ذلك أجْرًا . والثانى ، له أجْرُ الزّائِدِ ، لأنَّهما اتَّفَقَا على حَمْلِه على سَبِيلِ الإجَارةِ ، فجَرَى مَجْرَى المُعاطَاةِ فى البَيْعِ ودُخُولِه[١٣] الحَمَّامَ من غيرِ تَقْدِيرِ أجْـرٍ[١٤] . وإن كَالَه المُكْرِى ، وحَمَلَه المُكْتَرِى على الدّابَّةِ عَالِمًا بذلك من غير أن يَأْمُرَه بِحَمْلِه عليها ، فعليه أجْرُ القَفِيزِ الزّائِدِ . وإن أمَرَه بحَمْلِه عليها ، ففى وُجُوبِ الأجْرِ وَجْهانِ ، كما لو حَمَلَه المُكْرِى عليها ؛ لأنَّه إذا أمَرَ به كان ذلك كفِعْلِه ،

---

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) فى الأصل ، م زيادة : « ليس » .

(١٣) فى الأصل : « ودخول » .

(١٤) فى ب ، م : « أجره » .

وإن كَالَه أحَدُهما وحَمَلَه أجْنَبِيٌّ بأمْرِه ، فهو كما لو حَمَلَه الذى كَالَهُ ، وإن كان بأمْرِ الآخَرِ ، فهو كما لو حَمَلَهُ الآخَرُ ، وإن حَمَلَهُ بغيرِ أمْرِهما ، فهو كما لو كَالَه ثم حَمَلَهُ .

٩٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ أنْ يَكْتَرِىَ مُدَّةَ[1] غَزَاتِهِ)

هذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم الأوْزاعِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى . وقال مالِكٌ : قد عُرِفَ وَجْهُ ذلك ، وأرْجُو أن يكونَ خَفِيفًا . ولَنا ، أنَّ هذه إجَارَةٌ ، فى مُدَّةٍ مَجْهُولةٍ ، وعَمَلٍ مَجْهُولٍ ، فلم يَجُزْ ، كما لو اكْتَرَاها[2] لِمُدَّةِ سَفَرِه فى تِجَارَتِه ، ولأنَّ مُدَّةَ الغَزَاةِ تَطُولُ وتَقْصُرُ ، ولا حَدَّ لها / تُعْرَفُ به ، والعَمَلُ فيها يَقِلُّ ويَكْثُرُ ، ونِهايةُ سَفَرِهِم تَقْرُبُ وتَبْعُدُ ، فلم يَجُز التَّقْدِيرُ بها ، كغَيْرِها من الأسْفارِ المَجْهُولةِ . فإن فَعَلَ ذلك ، فله أجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه عَقَدَ على عِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، لِفَسَادِ العَقْدِ ، فوَجَبَ أجْرُ المِثْلِ ، كسائِرِ الإجَاراتِ الفاسِدَةِ .

١٠٧/٥ ظ

٩٠٦ - مسألة ؛ قال : (فَإنْ سَمَّى لِكُلِّ يَوْمٍ شَيْئًا مَعْلُومًا ، فَجَائِزٌ)

وجملتُه أنَّ مَن اكْتَرَى فَرَسًا مُدَّةَ غَزْوِه ، كلَّ يوم بِدِرْهمٍ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ صِحَّتُه . وقال الشافِعِىُّ : هذا فاسِدٌ ؛ لأنَّ مُدَّةَ الإجارَةِ مَجْهُولةٌ . ولَنا ، أنَّ عَلِيًّا ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أجَرَ نَفْسَه كلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ[1] ، وكذلك الأنْصارِىُّ[2] ، ولم يُنْكِرْه النبىُّ ﷺ ، ولأنَّ كلَّ يومٍ مَعْلومٌ مُدَّتُه وأُجْرَتُه ، فصَحَّ ، كما لو قال : أجَرْتُكَها شَهْرًا ، كلَّ يومٍ بدِرْهَمٍ . أو قال : اسْتَأْجَرْتُكَ لِنَقْلِ هذه الصُّبْرةِ ، كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ . ولابُدَّ من تَعْيِينِ ما يَسْتَأْجِرُ له ، إمَّا لِرُكُوبٍ ، أو حَمْلٍ مَعْلُومٍ . ويَسْتَحِقُّ الأجْرَ المُسَمَّى لكلِّ يومٍ ، سواءٌ كانت مُقِيمَةً أو سائِرَةً ؛ لأنَّ المنافِعَ ذَهَبَتْ فى مُدَّتِه[3] ، فأشْبَهَ

---

(١) فى الأصل : « لمدة » .

(٢) فى ب ، م : « أكراها » .

(١) تقدم تخريجه فى : ٢٠٨/٦ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١ .

(٣) فى الأصل : « مدة » .

مالو اكْتَرى دَارًا ، فأغْلَقَها و لم يَسْكُنْها . وإن أجَرَ نَفْسَه لِسَقْىِ نَخْلٍ ، كلَّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ ، أو بِفَلْسٍ ، أو أجْرٍ مَعْلُومٍ ، جازَ ؛ للأثَرِ الوارِدِ فيه . ولأنَّ كلَّ عَمَلٍ مَعْلوم له عِوَضٌ مَعْلومٌ ، فجازَ ، كما لو سَمَّى دِلَاءً مَعْرُوفةً . ولابُدَّ من مَعْرِفَةِ الدَّلْوِ والبِئْرِ وما يَسْتَقِى[4] به ؛ لأنَّ العَمَلَ يَخْتَلِفُ به .

فصل : ونَقَلَ أبو الحارِثِ ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً ، فى عَشْرَةِ أيامٍ ، بعَشْرَةِ دَرَاهِمَ ، فإن حَبَسَها أكْثَرَ من ذلك ، فله بكلِّ يومٍ دِرْهَمٌ ، فهو جائِزٌ . ونَقَلَ ابنُ منصورٍ عنه ، فى مَن اكْتَرَى دَابَّةً من مَكَّةَ إلى جدَّةَ بكذا ، فإن ذَهَبَ إلى عَرَفات بكذا ، فلا بَأْسَ . ونَقَلَ عبدُ الله عنه ، لو قال : أكْرَيْتُكَها[5] بعَشْرَةٍ . فما حَبَسَها فعليه كلَّ[6] يومٍ عَشَرَةٌ . وهذه الرِّوَاياتُ تَدُلُّ على أنَّ مَذْهَبَه أنَّه متى قَدَّرَ لكلِّ عَمَلٍ مَعْلُومٍ أجْرًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . وتَأَوَّلَ[7] القاضى هذا كلَّه ، على أنَّه يَصِحُّ فى الأوَّلِ ويَفْسُدُ فى الثانى ؛ لأنَّ مُدَّتَه غيرُ مَعْلُومةٍ ، فلم يَصِحَّ العَقْدُ فيه ، كما لو قال : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لى هذه الصُّبْرَةَ ، وهى عَشْرَةُ أقفِزَةٍ ، بِدِرْهَمٍ ، وما زاد فبِحُسْبانِ[8] ذلك . والظاهِرُ خِلَافُ هذا ؛ فإنَّ قولَه : فهو جائِزٌ . عادَ إلى جَمِيعِ ما ذَكَرَ قَبْلَه ، وكذلك قولُه : لا بَأْسَ . ولأنَّ لِكُلِّ عَمَلٍ عِوَضًا مَعْلُومًا ، فصَحَّ ، كما لو اسْتَقَى له كلَّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ ، وقد ثَبَتَ الأصْلُ بالخَبَرِ الوارِدِ فيه ، ومَسْأَلَةُ الصُّبْرَةِ لا نَصَّ فيها عن الإمامِ ، وقِيَاسُ نُصُوصِه صِحَّةُ الإجَارَةِ ، وإن[9] سُلِّمَ فَسَادُها ، فلأنَّ القُفْزانَ التى شَرَطَ حَمْلَها غيرُ مَعْلُومةٍ / بتَعْيِينٍ ولا صِفَةٍ ، وهى مُخْتَلِفةٌ ، فلم يَصِحَّ العَقْدُ لِجَهالَتِها ، بخِلَافِ الأيَّامِ ، فإنَّها مَعْلُومَةٌ . ١٠٨/٥ و

(٤) فى ب ، م : « يستسقى » .

(٥) فى الأصل : « اكتريتها » .

(٦) فى الأصل : « فى كل » .

(٧) فى ب ، م : « ويتأول » .

(٨) فى ب ، م : « فبحساب » .

(٩) فى الأصل : « ولإن » .

فصل : وإن قال : إن خِطْتَ هذا الثَّوْبَ اليوم فلك دِرْهَمٌ ، وإن خِطتَه غَدًا فلك نِصْفُ دِرْهَمٍ . فعن أحمدَ فيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهُما ، لا يَصِحُّ ، وله أجْرُ المِثْلِ . نَقَلَها أبو الحارِثِ ، عن أحمدَ . وهذا مذهبُ مالِكٍ ، والثَّوْرِىّ ، والشافِعِىّ ، وإسْحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه عَقْدٌ واحِدٌ ، اخْتَلَفَ فيه العِوَضُ بالتَّقْدِيمِ والتَّأْخِيرِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ نَقْدًا بِدِرْهَمٍ أو بِدِرْهَمَيْنِ نَسِيئةً . والثانية ، يَصِحُّ . وهو قولُ الحارِثِ العُكْلِىّ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ ؛ لأنَّه سَمَّى لكلِّ عَمَلٍ عِوَضًا مَعْلُومًا ، فصَحَّ ، كما لو قال : كلّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ . وقال أبو حنيفةَ : إن خَاطَهُ اليومَ فله دِرهَمٌ ، وإن خَاطَه غَدًا لا يُزَادُ على[10] دِرْهَمٍ ، ولا يَنْقُصُ عن نِصْفِ دِرْهَمٍ ؛ لأنَّ المُؤْجِرَ قد جَعَلَ له نِصْفَ دِرْهَمٍ ، فلا يَنْقُصُ منه ، وهو قد رَضِىَ فى أكْثَرِ العَمَلَيْنِ بِدِرْهَمٍ ، فلا يُزَادُ عنه . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه إن صَحَّ العَقْدُ فله المُسَمَّى ، وإن فَسَدَ فوُجُودُه كالعَدَمِ ، ويَجِبُ أجْرُ المِثْلِ ، كسائِرِ العُقُودِ الفاسِدَةِ .

فصل : وإن قال : إن خِطْتَه رُومِيًّا فلك دِرْهَمٌ ، وإن خِطْتَه فارِسِيًّا فلك نَصْفُ دِرْهَمٍ . ففيها وَجْهانِ ، بِناءً على التى قَبْلَها . والخِلَافُ فيها كالتى قَبْلَها ؛ [11] إلَّا أنَّ [11] أبا حَنِيفةَ وافَقَ صاحِبَيْه[12] فى الصِّحَّةِ هٰهُنا . ولَنا ، أنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ لم يَتَعَيَّنْ فيه العِوَضُ ولا المُعَوَّضُ ، فلم يَصِحَّ . كما لو قال : بِعْتُكَ هذا بِدِرْهَمٍ ، أو هذا بِدِرْهَمَيْنِ . وفَارَقَ هذا كلَّ دَلْوٍ بتَمْرةٍ ، من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ العَمَلَ الثانىَ يَنْضَمُّ إلى العَمَلِ الأوَّلِ ، ولكلِّ واحِدٍ منهما عِوَضٌ مُقَدَّرٌ ، فأشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ هذه الصُّبْرةَ ، كلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . وهٰهُنا الخِياطَةُ واحدةٌ ، شَرَطَ فيها عِوَضًا إن وُجِدَتْ على صِفَةٍ ، وعِوَضًا آخَرَ إن وُجِدَتْ على أُخْرَى ، فأشْبَهَ ما لو باعَهُ بعَشَرَةٍ صِحَاحٍ ، أو [13] أحَدَ عَشَرَ [13] مُكَسَّرَةً . والثانى ، أنَّه وَقَفَ الإجارَةَ على شَرْطٍ ، بقوله : إن خِطْتَه كذا فلك

---

(10) فى الأصل : « عن ».

(11 - 11) فى ب ، م : « لأن » .

(12) فى ب ، م : « صاحبه » .

(13 - 13) فى ب ، م : « إحدى عشرة » .

كذا ، وإن خِطْتَه كذا فلك كذا . بخِلَافِ قولِه : كلّ دَلْوٍ بتَمْرَةٍ .

فصل : ونَقَلَ مُهَنَّا ، عن أحمدَ فى مَن اسْتَأْجَرَ من حَمّالٍ إلى مِصرَ[١٤] بأَرْبَعِين دِينارًا ، فإن نَزَلَ دِمَشْقَ فكِرَاؤُه ثَلاثُونَ ، فإن نَزَلَ الرّقَّةَ فكِرَاؤُه عِشْرُونَ . فقال : إذا اكْتَرَى إلى الرّقَّةِ بعِشْرِينَ ، واكْتَرَى إلى دِمَشْقَ بعَشَرَةٍ ، واكْتَرَى إلى مِصرَ بعَشَرَةٍ ، جازَ ، ولم يكُنْ لِلْحَمَّالِ أن يَرْجِعَ . فظاهِرُ / هذا ، أنَّه لم يَحْكُمْ بصِحَّةِ العَقْدِ الأَوَّلِ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعَةٍ ، لِكَوْنِه خَيَّرَهُ بين ثَلَاثةِ عُقُودٍ . ويُخَرَّجُ فيه أن يَصِحَّ ، بناءً على المَسْأَلَتَيْنِ قبلَ هذا . ونَقَلَ البُرْزَاطِىُّ[١٥] ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَحْمِلُ له كِتَابًا إلى الكُوفَةِ ، وقال : إن أَوْصَلْتَ[١٦] الكِتَابَ يوم كذا وكذا فلك عِشْرُونَ ، وإن تَأَخَّرْتَ بعدَ ذلك بيومٍ فلك عَشَرَةٌ . فالإِجَارَةُ فاسِدَةٌ ، وله أَجْرُ مِثْلِه . وهذا مِثْلُ الذى قبلَه . ونَقَلَ عبدُ الله ، فى من اكْتَرَى دَابَّةً ، وقال : إن رَدَدْتَها غدًا فكِرَاؤُها عَشَرَةٌ ، وإن رَدَدْتَها اليومَ فكِرَاؤُها خَمْسَةٌ . فلا بَأْسَ . وهذه الرِّوَايةُ تَدُلُّ على صِحَّةِ الإِجَارَةِ ، والظاهِرُ عن أحمدَ ، فى رِوَايةِ الجَماعَةِ ، فيما ذَكَرْنا ، فَسَادُ العَقْدِ ، وهو قِيَاسُ بَيْعَتَيْنِ فى بَيعةٍ . واللهُ أعلمُ .

فصل : فى مسائِلِ الصُّبْرَةِ ، وفيها عَشْرُ مَسَائِلَ ، أحدها ، قال : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَ لى هذه الصُّبْرَةَ إلى مِصْرَ بعَشَرَةٍ . فالإِجَارَةُ صَحِيحَةٌ ، بغير خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ الصُّبْرَةَ مَعْلُومةٌ بالمُشَاهَدَةِ التى يجوزُ بَيْعُها بها ، فجازَ الاسْتِئْجارُ عليها ، كما لو عَلِمَ كَيْلَها[١٧] . الثانية ، قال : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحْمِلَها لى[١٨] كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ . فيَصِحُّ أيضا . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ فى قَفِيزٍ ، ويَبْطُلُ فيما زادَ . ومَبْنَى

٥/١٠٨ ظ

---

(١٤) فى الأصل : « ديار مصر » .

(١٥) نسبة إلى برزاط ، قال السمعانى : وظنى أنها من قرى بغداد . ولعله محمد بن أحمد البرزاطى ، من أهل بغداد . انظر الأنساب ٢/١٤٦ .

(١٦) فى ب ، م : « وصلت » .

(١٧) فى الأصل : « حملها » .

(١٨) سقط من : ب .

الخِلَافِ على الخِلَافِ فى بَيْعِها ، وقد ذَكَرْنَاهُ . الثالثة ، قال : لِتَحْمِلَها لى قَفِيزًا[19] بِدِرْهَمٍ ، ومازادَ فبِحِسَابِ ذلك . فيجوزُ ، كالو قال : كلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . وكذلك كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ على إرَادَةِ حَمْلِ جَمِيعِها ، كقوله : لِتَحْمِلَ منها قَفِيزًا بِدِرْهَمٍ ، وسائِرَها أو باقِيها بِحِسَابِ ذلك . أو قال : وما زادَ بِحِسَابِ ذلك . يُرِيدُ به باقِيَها كلَّه ، إذا فَهِمَا ذلك من اللَّفْظِ ، لِدَلَالَتِه عندهما عليه ، أو لِقَرِينَةٍ صُرِفَتْ إليه . الرابعة ، قال : لِتَحْمِلَ منها قَفِيزًا بِدِرْهَمٍ ، ومازادَ فبِحِسَابِ ذلك . يُرِيدُ مهما حَمَلْتَ من باقِيها . فلا يَصِحُّ . ذَكَرَه القاضى ، وهو مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه بعضُها ، وهو مَجْهُولٌ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى كلِّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . الخامسة ، قال : لِتَنْقُلَ لى منها كلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ . فهى كالرَّابعةِ سواءً . السادسة ، قال : لِتَحْمِلَ منها قَفِيزًا بِدِرْهَمٍ ، على أن تَحْمِلَ الباقِى بِحِسَابِ ذلك . فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى بَيْعَتَيْنِ فى بَيْعةٍ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنَّ مَعْناه لِتَحْمِلَ لى كلَّ قَفِيزٍ منها[20] بِدِرْهَمٍ . السابعة ، قال : لِتَحْمِلَ لى هذه الصُّبْرَةَ ، كلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ ، وتَنْقُلَ لى صُبْرَةً أخرى فى البَيْتِ بِحِسَابِ / ذلك . ٥/١٠٩ و

فإن كانا يَعْلَمانِ الصُّبْرةَ التى فى البَيْتِ بالمُشَاهَدةِ ، صَحَّ فيهما ؛ لأنَّهما كالصُّبْرَةِ الواحِدَةِ ، وإن جَهِلَها أحَدُهُما ، صَحَّ فى الأُولَى وبَطَلَ فى الثانيةِ ؛ لأنَّهما عَقْدَانِ أحَدُهُما على مَعْلُومٍ ، والثانى على مَجْهُولٍ ، فصَحَّ فى المَعْلُومِ ، وبَطَلَ فى المَجْهُولِ . كالو قال : بِعْتُكَ عَبْدِى هذا بعَشَرَةٍ ، وعَبْدِى الذى فى البَيْتِ بعَشَرَةٍ . الثامنة ، قال : لِتَحْمِلَ لى هذه الصُّبْرَةَ والتى فى البَيْتِ بعَشَرَةٍ . فإن كانا يَعْلَمانِ التى فى البَيْتِ ، صَحَّ فيهما ، وإن جَهِلَاهَا ، بَطَلَ فيهما ؛ لأنَّه عَقْدٌ واحِدٌ ، بِعِوَضٍ واحِدٍ ، على مَعْلُومٍ ومَجْهُولٍ ، بخِلَافِ التى قبلَها . فإن كانا يَعْلَمانِ التى فى البَيْتِ ، لكنَّها مَغْصُوبةٌ ، أو امْتَنَعَ تَصْحِيحُ العَقْدِ فيها لِمَانِعٍ اخْتَصَّ بها ، بَطَلَ العَقْدُ فيها . وفى صِحَّتِه

---

(١٩) فى الأصل : « كل قفيز » .

(٢٠) سقط من : م .

(٢١)فى الأُخْرَى(٢١) وَجْهانِ ، بِنَاءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ ، إِلَّا أَنَّهما إن كانت قُفْزَانُهُما مَعْلُومةً ، أو قَدْرُ أَحَدِهِما مَعْلُومًا من الأُخْرَى ، فالأَوْلَى صِحَّتُه ؛ لأَنَّ قِسْطَ الأَجْرِ فيها مَعْلُومٌ ، وإن لم يكُنْ كذلك ، فالأَوْلَى بُطْلَانُه ؛ لِجَهالَةِ العِوَضِ فيها . التاسعة ، قال : لِتَحْمِلَ لى هذه الصُّبْرَةَ ، وهى عَشَرَةُ أَقْفِزَةٍ ، بدِرْهَمٍ ، فإن زادَتْ على ذلك ، فالزّائِدُ بحِسَابِ ذلك . صَحَّ فى العَشَرَةِ ؛ لأَنَّها مَعْلُومةٌ ، ولم يَصِحَّ فى الزِّيَادَةِ ؛ لأَنَّها مَشْكُوكٌ فيها ، ولا يجوزُ العَقْدُ على ما يُشَكُّ فيه . العاشرة ، قال : لِتَحْمِلَ لى(٢٢) هذه الصُّبْرَةَ ، كلَّ قَفِيزٍ بدِرْهَمٍ ، فإن قَدِمَ لى طَعَامٌ فَحمَلْتَهُ ، فبِحِسَابِ ذلك . صَحَّ أيضا فى الصُّبْرَةِ ، وفَسَدَ فى الزِّيَادَةِ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ .

٩٠٧ – مسألة ؛ قال : (وَمَنِ اكْتَرَى إِلَى مَكَّةَ ، فَلَمْ يَرَ الجَمَّالُ الرَّاكِبِينَ ، والْمَحَامِلَ ، والأَغْطِيَةَ ، والأَوْطِئَةَ ، لم يَجُزِ الْكِرَاءُ)

أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على إجازَةِ كِرَاءِ الإِبِلِ إلى مَكَّةَ وغيرِها ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾(١) . ولم يُفَرِّقْ بين المَمْلُوكَةِ والمُكْتَرَاةِ . ورُوِى عن ابن عَبَّاسٍ ، فى قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾(٢) : أن تَحُجَّ وتَكْرِىَ . ونحوُه عن ابنِ عُمَرَ ، ولأَنَّ بالنَّاسِ حاجَةً إلى السَّفَرِ ، وقد فَرَضَ اللهُ تعالى عليهم الحَجَّ ، وأخْبَرَ أَنَّهم يَأْتُونَ رِجَالًا(٣) وعَلَى كُلِّ ضامِرٍ يَأْتِينَ مِنْ كُلِّ فَجٍّ عَمِيقٍ . وليس لكلِّ أحدٍ بَهِيمةٌ يَمِلكُها ، ولا يَقْدِرُ على مُعَانَاتِها ، والقِيَامِ بها ، والشَّدِّ عليها ، فدَعَتِ الحاجَةُ إلى اسْتِئْجارِها ، فجازَ ، دَفْعًا لِلْحَاجَةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فمن شَرْطِ صِحَّةِ العَقْدِ مَعْرِفَةُ المُتَعاقِدَيْنِ ما عَقَدَا عليه ؛ لأَنَّه عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ

(٢١ – ٢١) فى ب : « وفى الأخرى » . وفى م : « وفى صحة الأخرى » .
(٢٢) سقط من : الأصل .
(١) سورة النحل ٨ .
(٢) سورة البقرة ١٩٨ .
(٣) فى الأصل زيادة : « وركبانا » .

مَحْضَةٍ ، فكان من شَرْطِه المَعْرِفَةُ لِلْمَعْقُودِ عليه ، كالبَيْعِ . فأمَّا الجَمَّالُ فيَحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةِ الرَّاكِبِين / ، والآلَةِ التى يَرْكَبُونَ فيها ، من مَحْمِلٍ أو مَحَارَةٍ[٤] وغيرِها ، وإن كان مِقْنَبًا[٥] ذكَرَه ، وهل يكون مُغَطًّى أو مَكْشُوفًا ، فإن كان مُغَطًّى احْتِيجَ إلى مَعْرِفَةِ الغِطَاءِ ، ويَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةِ الوِطَاءِ الذى يُوطَأُ به المَحْمِلُ ، والمَعَالِيقِ التى معه من قِرْبَةٍ وسَطِيحَةٍ وسُفْرَةٍ ونحوها ، وذِكْرِ سائِرِ ما يَحْمِلُ معه . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، إلَّا أن الشافِعِىَّ قال : يجوزُ إطْلَاقُ غِطَاءِ المَحْمِلِ ؛ لأنَّه لا يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا . وحُكِىَ عنه فى المَعَالِيقِ قولٌ ، أنَّه يجوزُ إطْلَاقُها ، وتُحْمَلُ على العُرْفِ . وحُكِىَ عن مالِكٍ ، أنَّهُ يجوزُ إطْلَاقُ الرَّاكِبِينَ ؛ لأنَّ أجْسَامَ النَّاسِ مُتَقَارِبَةٌ فى الغالِبِ . وقال أبو حنيفةَ : إذا قال : فى المَحْمِلِ رَجُلَانِ ، وما يُصْلِحُهما من الوِطَاءِ والدُّثُرِ . جازَ اسْتِحْسانًا ؛ لأنَّ ذلك يَتَقَارَبُ فى العادَةِ ، فحُمِلَ على العادَةِ ، كالمَعَالِيقِ . وقال القاضى فى غِطَاءِ المَحْمِلِ كقَوْلِ الشافِعِىِّ . ولَنا ، أنَّ هذا يَخْتَلِفُ ويَتَبَايَنُ كثِيرًا ، فاشْتُرِطَتْ مَعْرِفَتُه ، كالطَّعَامِ الذى يَحْمِلُ[٦] معه . وقولُهم : إن أجْسامَ الناسِ مُتَقَارِبَةٌ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ منهم الكَبِيرَ والصَّغِيرَ ، والطَّوِيلَ والقَصِيرَ ، والسَّمِينَ والهَزِيلَ ، والذَّكَرَ والأُنْثَى ، ويَخْتَلِفُونَ بذلك ، ويَتَبَايَنُونَ كثيرًا ، ويَتَفَاوَتُون أيضا فى المَعَالِيقِ ، فمنهم من يُكْثِرُ الزَّادَ والحَوَائِجَ ، ومنهم من يَقْنَعُ باليَسِيرِ ، ولا عُرْفَ له يُرْجَعُ إليه ، فاشْتُرِطَتْ مَعْرِفَتُه ، كالمَحْمِلِ والأَوْطِئَةِ . وكذلك غِطَاءُ المَحْمِلِ ، من النَّاسِ مَن يَخْتارُ الواسِعَ الثَّقِيلَ الذى يَشْتَدُّ على الحَمْلِ فى الهَواءِ ، ومنهم من يَقْنَعُ بالضَّيِّقِ[٧] الخَفِيفِ ، فتَجِبُ مَعْرِفَتُه ، كسائِرِ ما ذَكَرْنا . وأمَّا المُسْتَأْجِرُ ، فيَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةِ الدَّابَّةِ التى يَرْكَبُ عليها ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ بذلك ، وتَحْصُلُ بأحَدِ أمْرَيْنِ ؛ إمَّا بالرُّؤْيَةِ ، فيَكْتَفِى بها ؛ لأنَّها أعْلَى طُرُقِ العِلْمِ ، إلَّا أن يكونَ ممَّا يَحْتَاجُ

(٤) المحارة : شبه الهودج .

(٥) المقنب : شبه مخلاة يجعل فيها الصائد ما يصيد .

(٦) فى الأصل : « يحمله » .

(٧) سقط من : الأصل .

إلى مَعْرِفَةِ صِفَةِ المُسَمَّى فيه ، كالرهوال[8] وغيره ، فإمَّا أن يُجَرِّبَهُ فيَعْلَمَ ذلك بِرُؤْيَتِه ، وإما أن يَصِفَهُ ، وإمَّا بالصِّفَةِ ، فإذا وُجِدَتْ اكْتَفَى بها ؛ لأنَّه يُمْكِنُ ضَبْطُه بالصِّفَةِ ، فجازَ العَقْدُ عليه ، كالبَيْعِ . وإذا اسْتَأْجَرَ بالصِّفَةِ لِلرُّكُوبِ ، احْتَاجَ إلى ذِكْرِ الجِنْسِ ، فيقول : إِبِلٌ ، أو خَيْلٌ ، أو بِغَالٌ ، أو حَمِيرٌ . والنَّوْعِ فيقول : بُخْتِيٌّ ، أو عَرَبِيٌّ . وفى الخَيْلِ : عَرَبِيٌّ أو بِرْذَوْنٌ . وفى الحَمِيرِ : مِصْرِيٌّ أو شامِيٌّ . وإن كان فى النَّوْعِ ما يَخْتَلِفُ ، كالمُهَمْلَجِ[9] من الخَيْلِ / ، والقَطُوفِ[10] ، احْتِيجَ إلى ذِكْرِه . وذَكَرَ القاضِى أنَّه يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةِ الذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ . وهو مذهبُ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ بذلك ، فإنَّ الأُنْثَى أَسْهَلُ والذَّكَرَ أَقْوَى . ويَحْتَمِلُ أنَّه لا يَحْتاجُ إلى مَعْرِفَةِ ذلك ؛ لأنَّ التَّفَاوُتَ فيه يَسِيرٌ ، ومتى كان الكِرَاءُ إلى مَكَّةَ ، فالصَّحِيحُ أنَّه لا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِ الجِنْسِ ولا النَّوْعِ ؛ لأنَّ العادَةَ أنَّ الذى يُحْمَلُ عليه فى طَرِيقِ مَكَّةَ إنَّما هو الجِمَالُ العِرَابُ ، دون البَخَاتِيِّ .

١١٠/٥ و

فصل : وإذا كان الكِرَاءُ إلى مَكَّةَ ، أو طَرِيقٍ لا يكونُ السَّيْرُ فيه إلى اخْتِيَارِ المُتَكَارِيَيْنِ ، فلا وَجْهَ لِذِكْرِ تَقْدِيرِ السَّيْرِ فيه ؛ لأنَّ ذلك ليس إليهما ، ولا مَقْدُورٌ عليه لهما . وإن كان فى طَرِيقٍ السَّيْرُ فيه إليهما ، اسْتُحِبَّ ذِكْرُ قَدْرِ السَّيْرِ فى كلِّ يومٍ . فإن أَطْلَقَ ولِلطَّرِيقِ[11] مَنَازِلُ مَعْرُوفَةٌ ، جازَ العَقْدُ عليه مُطْلَقًا ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ بالعُرْفِ . ومتى اخْتَلَفَا فى ذلك ، وفى مِيقَاتِ السَّيْرِ لَيْلًا أو نهارًا ، أو فى مَوْضِعِ المَنْزِلِ ، إمَّا فى داخِلِ البَلَدِ ، أو خارِجٍ منه ، حُمِلَا على العُرْفِ ، كما لو أَطْلَقَا الثَّمنَ فى بَلَدٍ فيه نَقْدٌ مَعْرُوفٌ . وإن

---

(٨) الرهوال ، بالكردية : البرذون إذا كان لين الظهر فى السير . الألفاظ الفارسية المعربة ، لأدى شير ٧٤ .

(٩) المهملج : ما ذلل وسلس قياده من الدواب .

(١٠) القطوف : التى تسىء السير وتبطئ .

(١١) فى الأصل : « والطريق » .

لم يكُنْ لِلطَّرِيقِ عُرْفٌ ، وأطْلَقَا العَقْدَ ، فقال القاضى : لا يَصِحُّ ، كما لو أطْلَقَا الثَّمَنَ فى بَلَدٍ لا عُرْفَ فيه . والأَوْلَى أنَّ هذا ليس بِشَرْطٍ ؛ لأنَّه / لو كان شَرْطًا لَما صَحَّ العَقْدُ بدُونِه فى الطَّرِيقِ الْمَخُوفِ ، ولأنَّه لم تَجْرِ العادَةُ بتَقْدِيرِ السَّيْرِ فى طَرِيقٍ ، ومتى اخْتَلَفَا ، رُجِعَ إلى العُرْفِ فى غيرِ تلك الطَّرِيقِ .

١١٠/٥ ظ

فصل : وإن اشْتَرَطَ حَمْلَ زادٍ مُقَدَّرٍ ، كمائة رِطْلٍ ، نَظَرْنا ؛ فإن شَرَطَ أنَّه يُبْدِلُ منهما ما نَقَصَ بالأكْلِ أو غيرِه ، فله ذلك ، وإن شَرَطَ أنَّ ما نَقَصَ بالأكْلِ لا يُبْدِلُه ، لم يكُنْ له إبْدَالُه . فإن ذَهَبَ بغيرِ الأكْلِ ، كسَرِقَةٍ أو سُقُوطٍ ، فله إبْدالُه ؛ لأنَّ ذلك لم يَدْخُلْ فى شَرْطِه . وإن أطْلَقَ العَقْدَ ، فله إبْدالُ ما ذَهَبَ بسَرِقَةٍ أو سُقُوطٍ أو أكْلٍ غيرِ مُعْتَادٍ ، بغيرِ خِلَافٍ . وإن نَقَصَ بالأكْلِ المُعْتادِ ، فله إبْدالُه أيضا ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّ حَمْلَ مِقْدارٍ مَعْلُومٍ ، فمَلَكَ إبْدالَ ما نَقَصَ منه ، كما لو نَقَصَ بسَرِقَةٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّه لا يَمْلِكُ إبْدالَه ؛ لأنَّ العُرْفَ جارٍ بأنَّ الزَّادَ يَنْقُصُ ، فلا يُبْدَلُ ، فحُمِلَ العَقْدُ عندَ الإطْلاقِ على العُرْفِ ، وصارَ كالمُصَرَّحِ به . وقال الشافِعِىُّ : القِيَاسُ أنَّ له إبْدَالَهُ . ولو قيل : ليس له إبْدالُه . كان مَذْهَبًا ؛ لأنَّ العادَةَ أنَّ الزَّادَ لا يَبْقَى جَمِيعَ المَسَافةِ ، ولذلك يَقِلُّ أجْرُه عن أجْرِ المَتَاعِ .

فصل : وإذا اكْتَرَى جَمَلًا لِيَحُجَّ عليه ، فله الرُّكُوبُ عليه إلى مَكَّةَ ، ومن مَكَّةَ إلى عَرَفَةَ ، والخُرُوجُ عليه إلى مِنًى ؛ لأنَّه مِن تَمامِ الحَجِّ . وقيل : ليس له الرُّكُوبُ / إلى مِنًى ؛ لأنَّه بعدَ التَّحَلُّلِ من الحَجِّ . والأَوْلَى أنَّ له ذلك ؛ لأنَّه من تَمامِ الحَجِّ وتَوابِعِه ، ولذلك وَجَبَ على مَن وَجَبَ عليه دُونَ غيرِه ، فدَخَلَ فى قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾[١٢] . ومن اكْتَرَى إلى مَكَّةَ فقط ، فليس له الرُّكُوبُ إلى الحَجِّ ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ . ويَحْتَمِلُ أنَّ له ذلك ؛ لأنَّ الكِرَاءَ إلى مَكَّةَ عِبارَةٌ عن الكِرَاءِ لِلحَجِّ ، لِكَوْنِها لا يُكْتَرَى إليها إلَّا لِلحَجِّ غالِبًا ، فكان بمَنْزِلَةِ المُكْتَرَى لِلحَجِّ .

١١١/٥ و

---

(١٢) سورة آل عمران ٩٧ .

فصل : فيما يَلْزَمُ المُكْرِى والمُكْتَرِى لِلرُّكُوب ، يَلْزَمُ المُكْرِىَ كلُّ ما جَرَتِ العادَةُ أن يُوطَأَ به المَرْكُوبُ لِلرَّاكِبِ ، من الحَداجَةِ[13] لِلْجَمَلِ ، والقَتَبِ ، والزِّمَامِ الذى يُقَادُ به البَعِيرُ ، والبُرَةِ التى فى أنْفِ البَعِيرِ ، إن كانت العادَةُ جارِيَةً بينهم بها . وإن كان فَرَسًا ، فاللِّجَامُ والسَّرْجُ . وإن كان بَغْلًا أو حِمارًا فالبَرْذَعَةُ والإِكَافُ ؛ لأنَّ هذا هو العُرْفُ ، فحُمِلَ الإِطْلَاقُ عليه . وعلى المُكْتَرِى ما يَزِيدُ على ذلك ، كالمَحْمِلِ ، والمَحارَةِ ، والحَبْلِ الذى يُشَدُّ به بين المَحْمِلَيْنِ أو المَحارَتَيْنِ ؛ لأنَّ ذلك من مَصْلَحةِ المَحْمِلِ ، والوِطَاءِ الذى يُشَدُّ فوق الحَدَاجَةِ تحت المَحْمِلِ[14] . وعلى المُكْرِى رَفْعُ المَحْمِلِ[15] ، وحَطُّه ، وشَدُّه[15] على الجَمَلِ ، ورَفْعُ الأحْمالِ وشَدُّها وحَطُّها ؛ لأنَّ هذا هو العُرْفُ ، وبه يُتَمَكَّنُ من الرُّكُوبِ ./ ويَلْزَمُه القائِدُ والسائِقُ ، هذا إذا كان الكِرَاءُ على أن يَذْهَبَ مع المُكْتَرِى ، وإن كان على أن يَتَسَلَّمَ الرَّاكِبُ البَهِيمةَ يَرْكَبُها لِنَفْسِه ، فكلُّ ذلك عليه ؛ لأنَّ الذى على المُكْرِى تَسْلِيمُ البَهِيمةِ ، وقد سَلَّمَها إليه[16] . فأمَّا الدَّلِيلُ فهو على المُكْتَرِى ؛ لأنَّ ذلك خارِجٌ عن البَهِيمةِ المُكْتَرَاةِ وآلتِها ، فلم يَلْزَمْهُ ، كالزَّادِ . وقيل : إن كان اكْتَرَى منه بَهِيمةً بعَيْنِها ، فأُجْرَةُ الدَّلِيلِ على المُكْتَرِى ؛ لأنَّه الذى عليه أن يُسَلِّمَ الظَّهْرَ ، وقد سَلَّمَهُ ، وإن كانت على حَمْلِه إلى مكانٍ مُعَيَّنٍ فى الذِّمّةِ ، فهو على المُكْرِى ؛ لأنَّه من مُؤْنَةِ إيصَالِه إليه ، وتَحْصِيلِه فيه .

٥/١١١ ظ

فصل : وإذا كان الرّاكِبُ[17] ممَّن لا يَقْدِرُ على الرُّكُوبِ والبَعِيرُ قائِمٌ ، كالمَرْأةِ والشَّيْخِ والضَّعِيفِ والسَّمِينِ وشِبْهِهم ، فعلى الجَمَّالِ أن يُبْرِكَ الجَمَلَ لِرُكُوبه ونُزُولِه ؛ لأنَّه لا يَتَمَكَّنُ من الرُّكُوبِ والنُّزُولِ إلَّا به . وإن كان ممَّن يُمْكِنُه الرُّكُوبُ والنُّزُولُ والبَعِيرُ قائِمٌ ، لم يَلْزم الجَمّالَ أن يُبْرِكَ[18] له الجَمَلَ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ اسْتِيفاءُ

---

(١٣) الحداجة : مركب للنساء ، كالمحفة .

(١٤) فى ب ، م : « الحمل » .

(١٥ – ١٥) سقط من : م .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) سقط من : الأصل ، ب .

المَعْقُودِ عليه بدُونِ هذه الكُلْفَةِ . وإن كان قَوِيًّا حالَ العَقْدِ ، فضَعُفَ فى أثْنائه ، أو ضَعِيفًا فقَوِىَ ، فالاعْتِبارُ بحالِ الرُّكُوبِ ؛ لأنَّ العَقْدَ اقْتَضَى رُكُوبَه بحَسَبِ العادَةِ . ويَلْزَمُ الجَمّالَ أن يَقِفَ البَعِيرَ لِيَنْزِلَ لِصَلَاةِ الفَرِيضَةِ ، وقَضَاءِ حاجةِ الإنْسانِ ، وطَهَارَتِه ، ويَدَعَ البَعِيرَ واقِفًا حتى يَفْعَلَ ذلك ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه فِعْلُ شىءٍ من هذا على ظَهْرِ البَعِيرِ ، وما أمْكَنَه فِعْلُه عليه من الأكْلِ والشُّرْبِ وصَلَاةِ النَّافِلَةِ من السُّنَنِ وغيرِها ، لم يَلْزَمْهُ أن يُبْرِكَه له ، ولا / يَقِفَ عليه من أجْلِه . وإن أرادَ المُكْتَرِى إتْمامَ الصَّلَاةِ ، وطَالَبَه الجَمّالُ بقَصْرِهَا ، لم يَلْزَمْهُ ذلك ؛ بل تكونُ خَفِيفَةً فى تَمامٍ . ومن اكْتَرَى بَعِيرًا لإنْسانٍ يَرْكَبُه لِنَفْسِه ، وسَلَّمَهُ إليه ، لم يَلْزَمْهُ سِوَى ذلك ؛ لأنَّه وَفَّى له بما عَقَدَ عليه ، فلم يَلْزَمْهُ شىءٌ سِوَاهُ .

١١٢/٥ و

فصل : وإذا اكْتَرَى ظَهْرًا فى طَرِيقِ العادَةُ فيه النُّزُولُ والمَشْىُ عند اقْتِرابِ المَنْزِلِ ، والمُكْتَرِى امْرَأَةٌ أو ضَعِيفٌ ، لم يَلْزَمْه النُّزُولُ ؛ لأنَّه اكْتَرَاه جَمِيعَ الطَّرِيقِ ، ولم تَجْرِ له عادَةٌ بالمَشْىِ ، فلَزِمَ حَمْلُه فى جَمِيعِ الطَّرِيقِ ، كالمَتَاعِ . [(١٩] وإن كان جَلْدًا قَوِيًّا ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، لا يَلْزَمُه النُّزُولُ [١٩)] أيضا ؛ لأنَّه عَقَدَ على [(١٩] جَمِيعِ الطَّرِيقِ [١٩)] ، فلا يَلْزَمُه تَرْكُه فى بعضِها كالضَّعِيفِ . والثانى ، يَلْزَمُه ؛ لأنَّه مُتَعَارَفٌ ، والمُتَعَارَفُ كالمَشْرُوطِ .

فصل : وإن هَرَبَ الجَمَّالُ فى بعض الطَّرِيقِ ، أو قبلَ الدُّخُولِ فيها ، لم يَخْلُ من حالَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يَهْرُبَ بِجِمَالِه ، فيُنْظَرُ ؛ فإن لم يَجِد المُسْتَأْجِرُ حاكِمًا ، أو وَجَدَ حاكِمًا ولم يُمْكِنْ إثْباتُ الحالِ عندَه ، أو أمْكَنَ الإثْباتُ عندَه ولا يَحْصُلُ له ما يَكْتَرِى به ما يَسْتَوْفِى حَقَّهُ منه ، فلِلْمُسْتَأْجِرِ فَسْخُ الإجَارَةِ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ عليه قَبْضُ المَعْقُودِ عليه ، فأشْبَهَ ما لو أفْلَسَ المُشْتَرِى ، أو انْقَطَعَ المُسْلَمُ فيه عندَ مَحِلِّه . فإن فَسَخَ العَقْدَ ، وكان الجَمَّالُ قد قَبَضَ الأَجْرَ ، كان دَيْنًا فى ذِمَّتِه ، وإن اخْتارَ المُقَامَ على

(١٩ – ١٩) سقط من : ب .

العَقْدِ ، وكانت الإجَارَةُ على عَمَلٍ فى الذِّمَّةِ ، فله ذلك ، ومتى قَدَرَ على الجَمَّالِ طَالَبَه به ، /وإن كان العَقْدُ على مُدَّةٍ انْقَضَتْ فى هَرَبِه ، انْفَسَخَ العَقْدُ بذلك . وإن أمْكَنَه إثْباتُ الحالِ عندَ الحاكِمِ ، وكان العَقْدُ على مَوْصُوفٍ غيرِ مُعَيَّنٍ ، لم يَنْفَسِخ العَقْدُ ، ويَرْفَعُ الأَمْرَ إلى الحاكِمِ ، ويُثْبِتُ عنده حَالَه ، فيَنْظُرُ الحاكِمُ ، فإن وَجَدَ للجَمَّالِ مالًا اكْتَرَى به له[20] ، وإن لم يَجِدْ له مالًا ، وأمكنَه أن يَقْتَرِضَ على الجَمَّالِ من بَيْتِ المالِ ، أو من غيرِه ما يَكْتَرِى له به ، فَعَلَ ، فإن دَفَعَ الحاكِمُ المالَ إلى المُكْتَرِى لِيَكْتَرِىَ لِنَفْسِه به ، جازَ [21]فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ . وإن اقْتَرَضَ عليه من المُكْتَرِى ما يُكْرِى[22] به ، جازَ[21] ، وصارَ دَيْنًا فى ذِمَّةِ الجَمَّالِ . وإن كان العَقْدُ على مُعَيَّنٍ ، لم يَجُزْ إبْدَالُه ، ولا اكْتِرَاءُ غيرِه ؛ لأنَّ العَقْدَ تعَلَّقَ بعَيْنِه ، فيَتَخَيَّرُ المُكْتَرِى بين الفَسْخِ أو البَقَاءِ إلى أن يَقْدِرَ عليه ، فيُطَالِبَه بالعَمَلِ . الحال الثانى ، إذا هَرَبَ الجَمَّالُ ، وتَرَكَ جِمَالَه ، فإنَّ المُكْتَرِىَ يَرْفَعُ الأَمْرَ إلى الحاكِمِ ، فإن وَجَدَ لِلْجَمَّالِ مالًا ، اسْتَأْجَرَ به مَن يَقُومُ مَقَامَ الجَمَّالِ فى الإنْفاقِ على الجِمَالِ ، والشَّدِّ عليها ، وحِفْظِها وفِعْلِ ما يَلْزَمُ الجَمَّالَ فِعْلُه ، فإن لم يَجِدْ له غيرَ الجِمَالِ ، وكان فيها فَضْلَةٌ عن الكِرَاءِ ، باعَ بِقَدْرِ ذلك ، وإن لم يكُنْ فيها فَضْلٌ ، أو لم يُمْكِنْ بَيْعُه ، اقْتَرَضَ عليه الحاكِمُ ، كما قُلْنا . وإن ادَّانَ من المُكْتَرِى وأنْفَقَ ، جازَ . وإن أَذِنَ لِلْمُكْتَرِى فى الإنْفاقِ من مالِه بالمَعْرُوفِ ، ليكونَ دَيْنًا على الجَمَّالِ ، جازَ ؛ لأنَّه فى[23] مَوْضِعِ حاجةٍ . وإذا رَجَعَ الجَمَّالُ ، واخْتَلَفَا فيما أنْفَقَ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان الحاكِمُ قَدَّرَ له ما يُنْفِقُ ، قُبِلَ قولُه فى قَدْرِ[20] ذلك ، وما زادَ لا يَحْتَسِبُ له[24] به ، وإن لم يُقَدِّرْ له ، قُبِلَ قولُه فى قَدْرِ النَّفَقةِ بالمَعْرُوفِ ؛ لأنَّه /أمِينٌ ،

١١٢/٥ ظ

١١٣/٥ و

---

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١ - ٢١) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٢) فى الأصل : « يكترى » .

(٢٣) سقط من : الأصل ، م .

(٢٤) سقط من : م .

وما زادَ لا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه مُتطَوِّعٌ به . وإذا وَصَلَ المُكْتَرِى ، رَفَعَ الأمْرَ إلى الحاكِمِ ، فَفعَلَ ما يَرَى الحَظَّ فيه ، من بَيْعِ الجِمَالِ ، فيُوَفِّى عن الجَمَّالِ ما لَزِمَهُ من الدَّيْنِ لِلْمُكْتَرِى أو لغيرِه ، ويَحْفَظُ باقِى الثمنِ له . وإن رَأَى بَيْعَ بعضِها ، وحِفْظَ بَاقِيها ، والإنْفَاقَ على الباقِى من ثَمَنِ ما باعَ ، جازَ . وإن لم يَجِدْ حاكِمًا ، أو عَجَزَ عن اسْتِدانةٍ ، فله أن يُنْفِقَ عليها ، ويُقِيمَ مُقَامَ الجَمَّالِ فيما يَلْزَمُه ، فإن فَعَلَ ذلك مُتبَرِّعًا به[٢٥] ، لم يَرْجِعْ بشيءٍ . وإن نَوَى الرُّجُوعَ ، وأشْهَدَ على ذلك ، رَجَعَ به ؛ لأنَّه حالُ ضَرُورةٍ . وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ للشافِعِىِّ . وإن لم يُشْهِدْ ، ونَوَى الرُّجوعَ ، ففى الرُّجُوعِ وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَرْجِعُ به ؛ لأنَّ تَرْكَ الجِمَالِ مع العِلْمِ بأنَّها لابُدَّ لها من نَفَقةٍ ، إذْنٌ فى الإنْفاقِ . والثانى ، لا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه يُثْبِتُ لِنَفْسِه حَقًّا على غيرِه . وكذلك إن لم يَجِدْ من يُشْهِدُه فأنْفَقَ مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ . وقِيَاسُ المَذْهَبِ أنَّ له الرُّجُوعَ ؛ لقَوْلِنا : يَرْجِعُ بما أنْفقَ على الآبِقِ ، وعلى عِيَالِ الغائِبِ وزَوْجَاتِه ، والدَّابّةِ المَرْهُونةِ . ولو قَدَرَ على اسْتِئْذانِ الحاكِمِ ، فأنْفَقَ من غيرِ اسْتِئْذانِه ، وأشْهَدَ على ذلك ، ففى رُجُوعِه وَجْهانِ أيضا . وحُكْمُ مَوْتِ الجَمّالِ ، حُكْمُ هَرَبِه . وقال أبو بكرٍ : مذهبُ أحمدَ ، أنَّ المَوْتَ لا يَفْسَخُ الإجَارَةَ ، وله أن يَرْكَبَها ، ولا يُسْرِفَ فى عَلْفِها ، ولا يُقَصِّرَ ، ويَرْجِعَ بذلك فى مالِ المُتَوفَّى ، فإن لم يكُنْ فى يَدِ المُسْتَأْجِرِ ما يُنْفِقُه ، لم يَجُزْ أن / يَبِيعَ منها شَيْئًا ؛ لأنَّ البَيْعَ إنَّما يجوزُ من المالِكِ ، أو من نائِبِه ، أو ممَّن له وِلَايةٌ عليه . (١١٣/٥ ظ)

فصل : قال أصْحابُنا : يَصِحُّ كِرَاءُ العُقْبَةِ . وهو مذهبُ الشافِعِىِّ ، ومَعْناها : الرُّكُوبُ فى بعضِ الطَّرِيقِ ، يَرْكَبُ شيئًا ويَمْشِى شيئًا ؛ لأنَّه إذا جازَ اكْتِراؤُها فى الجَمِيعِ ، جازَ اكْتِراؤُها فى البعضِ . ولابُدَّ من كَوْنِها مَعْلُومةً ، إما أن يُقَدِّرَها بفَرَاسِخَ مَعْلُومَةٍ ، وإمَّا بالزَّمانِ ، مثل أن يَرْكَبَ لَيْلًا ويَمْشِىَ نَهارًا ، ويُعْتَبَرُ فى هذا زَمَانُ السَّيْرِ دونَ زَمَانِ النُّزُولِ . وإن اتَّفَقَا على أن يَرْكَبَ يَوْمًا ويَمْشِىَ يومًا ، جازَ . فإن اكْتَرَى عُقْبَةً ، وأطْلَقَ ، احْتَمَلَ أن يجوزَ ، ويُحْمَلُ على العُرْفِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ ؛ لأنَّ

---

(٢٥) سقط من : ب ، م .

ذلك يَخْتَلِفُ ، وليس له ضابطٌ ، فيكون مَجْهُولًا . وإن اتَّفقَا على أن يَرْكَبَ ثلاثةَ أيامٍ ، (٢٦ ويَمْشِيَ ثَلاثَةَ أيامٍ ٢٦) ، أو مازادَ ونَقَصَ ، جازَ . وإن اخْتَلَفا ، لم يُجْبَر المُمْتَنِعُ منهما ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا على كلِّ واحدٍ منهما ؛ الماشِي لِدَوامِ المَشْيِ عليه ، وعلى الجَمَلِ لِدَوامِ الرُّكُوبِ عليه ، ولأنَّه إذا رَكِبَ بعد شِدَّةِ(٢٧) تَعَبه كان أثْقَلَ على البَعِيرِ . وإن اكْتَرَى اثْنانِ جَمَلًا يَرْكَبانِه عُقْبةً وعُقْبةً ، جازَ ، ويكونُ كِرَاؤُهما طولَ الطَّرِيقِ ، والاسْتِيفَاءُ بينهما على ما يَتَّفِقَانِ عليه(٢٨) . وإن تَشَاحَّا ، قُسِمَ بينهما لكلِّ واحدٍ منهما فَرَاسِخُ مَعْلُومَةٌ ، أو لأحَدِهِما اللَّيْلُ وللآخَرِ النَّهارُ . وإن كان لذلك عُرْفٌ ، رُجِعَ إليه . وإن اخْتَلَفَا فى البادِئِ منهما ، أُقْرِعَ بينهما . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ كِرَاؤُهما ، إلَّا أن يَتَّفِقَا على رُكُوبٍ مَعْلُومٍ لكلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَجْهُولٍ بالنِّسْبةِ إلى كلِّ واحدٍ منهما ، فلم يَصِحَّ ، كما لو اشْتَرَيَا عَبْدَيْنِ على أنَّ لكلِّ واحدٍ منهما عَبْدًا مُعَيَّنًا(٢٨) منهما .

٩٠٨ – مسألة ؛ قال : (**فَإِنْ رَأَى الرَّاكِبَيْنِ ، أو وُصِفَا لَهُ ، وذُكِرَ الْبَاقِى بِأَرْطَالٍ مَعْلُومةٍ ، فَجَائِزٌ**)

وجملتُه أنَّ المَعْرِفةَ بالوَصْفِ تَقُومُ مَقَامَ الرُّؤْيةِ فى الرَّاكِبَيْنِ ، إذا وَصَفَهُما بما يَخْتَلِفانِ /به ، فى الطُّولِ والقِصَرِ ، والهُزَالِ والسِّمَنِ ، والصِّحَّةِ والمَرَضِ ، والصِّغَرِ والكِبَرِ ، والذُّكُورِيَّةِ والأُنُوثِيَّةِ ، والباقِى يَكْفِى فيه ذِكْرُ الوَزْنِ . وقال الشَّرِيفُ أبو جعفرٍ ، وأبو الخَطَّابِ : لابُدَّ من مَعْرِفةِ الرَّاكِبَيْنِ بالرُّؤْيةِ ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ بثِقْلِه وخِفَّتِه ، وسُكُونِه وحَرَكَتِه ، ولا يَنْضَبِطُ بالوَصْفِ ، فيَجِبُ تَعْيِينُه . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . ولهم فى المَحْمِلِ وَجْهٌ ، أنَّه لا تَكْفِى فيه الصِّفَةُ ، ويَجِبُ تَعْيِينُه . ولَنا ، أنَّه عَقْدُ مُعَاوَضةٍ مُضَافٌ إلى حَيَوانٍ ، فاكْتُفِىَ فيه بالصِّفَةِ ، كالبَيْعِ ، وكالمَرْكُوبِ فى الإجَارَةِ ، ولأنَّه

٥/١١٤ و

(٢٦ – ٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) فى ب : « مدة » .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ب .

لو لم يُكْتَفَ فيه[1] بالصِّفَةِ ، لَما جازَ لِلرّاكِبِ أن يُقِيمَ غيرَه مُقَامَه ؛ لأنَّه إنَّما يَعْلَمُ كَوْنَه مثلَه لِتَسَاوِيهِما فى الصِّفَاتِ ، فما لا تَأْتِى عليه الصِّفَاتُ لا يُعْلَمُ التَّسَاوِى فيه ، ولأنَّ الوَصْفَ يُكْتَفَى به فى البَيْعِ ، فاكْتُفِىَ به فى الإِجارَةِ ، كالرُّؤْيةِ ، والتَّفاوُتُ بعد ذِكْرِ الصِّفَاتِ الظاهِرَةِ يَسِيرٌ تَجْرِى المُسَامَحةُ فيه ، كالمُسْلَمِ فيه .

فصل : ويجوزُ اكْتِراءُ الإِبِلِ والدَّوَابِّ لِلْحُمُولةِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَّمْ تَكُونُواْ بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ ٱلْأَنْفُسِ ﴾[2] . والحُمُولَةُ بالضَّمِّ : الأَحْمَالُ . والحَمُولَةُ بالفَتْحِ : التى يُحْمَلُ عليها . قال اللهُ تعالى : ﴿ وَمِنَ ٱلْأَنْعَامِ حَمُولَةً وَفَرْشًا ﴾[3] الحَمُولَةُ : الكِبَارُ . والفَرْشُ : الصِّغَارُ . وقيل : الحَمُولَةُ : الإِبِلُ . والفَرْشُ : الغَنَمُ ؛ لأنَّها لا تَحْمِلُ . ولا يحْتَاجُ إلى مَعْرِفَةِ الحَمُولةِ ؛ لأنَّ الغَرَضَ حَمْلُ المَتاعِ ، دُونَ ما يَحْمِلُه ، بخِلَافِ الرُّكُوبِ ، فإنَّ لِلرَّاكِبِ[4] غَرَضًا فى المَرْكُوبِ ، من سُهُولَتِه (٥وحَمالتِه وسُرْعَتِه٥) . وإن اتَّفَقَ وُجُودُ غَرَضٍ فى الحَمُولَةِ ، مثل أن يكونَ المَحْمُولُ شَيْئًا يَضُرُّه كَثْرَةُ الحَرَكةِ ، كالفاكِهةِ والزُّجَاجِ ، أو كَوْنِ الطَّرِيقِ مِمَّا يَعْسُرُ على بعضِها دُونَ بعضٍ ، فيَنْبَغِى أن يُذْكَرَ فى /الإِجَارَةِ . وأمَّا الأَحْمَالُ ، فلابُدَّ من مَعْرِفَتِها ، فإن لم يَعْرِفْها ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ ذلك يَتفاوَتُ كَثِيرًا ، ويَخْتَلِفُ[6] الغَرَضُ به . فإن شَرَطَ أن تَحْمِلَ ما شاءَ ، بَطَلَ ؛ لأنَّ ذلك لا يُمْكِنُ الوَفاءُ به ، ويَدْخُلُ فيه ما يَقْتُلُ البَهِيمَةَ . وإن قال : لِتَحْمِلْ[7] عليها طَاقَتَها . لم يَجُزْ أيضا ؛ لأنَّ ذلك لا ضَابِطَ له . وتَحْصُلُ المَعْرِفةُ بِطَرِيقَيْنِ : المُشَاهَدَةُ ؛ لأنَّها[8]

٥/١١٤ ظ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النحل ٧ .

(٣) سورة الأنعام ١٤٢ .

(٤) فى ب ، م : « المركب » .

(٥ - ٥) فى م : « وحالة سرعته » .

(٦) فى الأصل ، ب : « ويحتمل » .

(٧) فى ب ، م : « احتمل » .

(٨) فى م زيادة : « من » .

أَعْلَى طُرُقِ العِلْمِ ، والصِّفَةُ . ويُشْتَرطُ فى الصِّفَةِ مَعْرِفةُ شَيْئَيْنِ : القَدْرُ والجِنْسُ ؛ لأَنَّ الجِنْسَ يَخْتَلِفُ تَعَبُ البَهِيمَةِ بِاخْتِلافِه ، مع التَّسَاوِى فى القَدْرِ ، فإنَّ القُطْنَ يَضُرُّ بها من وَجْهٍ ، وهو أنَّه يَنْتَفِخُ على البَهِيمةِ ، فيَدْخُلُ فيه الرِّيحُ فيَثْقُلُ ، ومثلُه من الحَدِيدِ يُؤْذِى من [9] جِهَةٍ أخرى [9] ، وهو أنَّه يَجْتَمِعُ على مَوْضِعٍ من البَهِيمةِ ، فربما عَقَرَها ، فلابُدَّ من بَيَانِه . وأمَّا الظُّرُوفُ ، فإن دَخَلَتْ فى الوَزْنِ ، لم يحْتَجْ إلى ذِكْرِها ، وإن لم تُوزَنْ ، فإن كانت ظُرُوفًا مَعْرُوفةً ، لا تَخْتَلِفُ ، كغَرَائِرِ الصُّوفِ والشَّعْرِ ونحوها ، جازَ العَقْدُ عليها [10] من غير تَعْيِينٍ ؛ لأنَّها قَلَّما تَتَفَاوَتُ تَفاوُتًا كثيرًا فتَسْمِيَتُها تَكْفِى ، وإن كانت تَخْتَلِفُ ، فلا بُدَّ من مَعْرِفَتِها بالتَّعْيِينِ أو الصِّفَةِ . وذَكَرَ ابنُ عَقِيلٍ ، أنَّه إذا قال : أَكْرَيْتُكَها لِتَحْمِلَ عليها ثَلاثَمائةِ رَطْلٍ ممَّا شِئْتَ . جازَ ، ومَلَكَ ذلك ، لكنْ [11] لا يُحَمِّلُه حِمْلًا يَضُرُّ بالحَيَوانِ ، مثل ما لو أرادَ حَمْلَ حَدِيدٍ أو زِئْبَقٍ ، يَنْبَغِى أن يُفَرِّقَهُ على ظَهْرِ الحَيَوانِ ، فلا يَجْتَمِعُ فى مَوْضِعٍ واحِدٍ من ظَهْرِه ، ولا يَجْعَلُه فى وِعَاءٍ يَتَمَوَّجُ فيه ، فيَكُدُّ البَهِيمَةَ ويُتْعِبُها . وإن اكْتَرَى ظَهْرًا لِلحَمْلِ مَوْصُوفًا بجِنْسٍ ، فأرادَ حَمْلَه على غيرِ ذلك الجِنْسِ ، وكان الطالِبُ لذلك المُسْتَأْجِرُ ، لم يُقْبَلْ منه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ بما لم يَعْقِدْ عليه ، وإن طَلَبَه المُؤْجِرُ ، وكان يَفُوتُ به غَرَضٌ لِلْمُسْتَأْجِرِ ، مثل أن يكونَ غَرَضُه الاسْتِعْجالَ فى السَّيْرِ ، أو أن لا يَنْقَطِعَ عن القافِلةِ ، فيَتَعَيَّنُ الخَيْلُ أو البِغَالُ / ، أو يكونَ غَرَضُه سُكُونَ الحُمُولةِ [12] لكَوْنِ الحَمولةِ ممَّا يَضُرُّها الهَزُّ ، أو قُوَّتُها وصَبْرُها لِطُولِ الطَّرِيقِ وثِقَلِ الحُمُولةِ فيُعَيِّنُ الإبِلَ ، لم يَجُز العُدُولُ عنه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ غَرَضَ المُسْتَأْجِرِ ، فلم يَجُزْ ذلك ، كما فى المَرْكُوبِ . وإن لم يُفَوِّتْ غَرَضًا ، جاز ، كما يجوزُ لمن اكْتَرَى على حَمْلِ شىءٍ حَمْلُ مثلِه ، أو أقَلَّ ضَرَرًا منه .

١١٥/٥ و

(٩ - ٩) فى ب : « وجه آخر » .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى ب : « لكنه » .

(١٢) فى م : « الحمل » .

فصل : ويجوزُ كِراءُ الدَّابَّةِ لِلْعَمَلِ ؛ لأنَّها مَنْفعةٌ مُباحةٌ ، خُلِقَتِ الدَّابَّةُ لها ، فجازَ الكِراءُ لها ، كالرُّكُوبِ . وإن اكْتَرَى بَقَرًا لِلْحَرْثِ ، جازَ ؛ (١٣)لأن البَقَرَ خُلِقَتْ لِلْحَرْثِ(١٣) ، ولذلك قال النبيُّ ﷺ : « بَيْنما رَجُلٌ يَسُوقُ بَقَرَةً ، أَرَادَ أنْ يَرْكَبَها ، فَقَالَتْ : إنِّي لَمْ أُخْلَقْ لِهٰذَا ، إنَّمَا خُلِقْتُ لِلْحَرْثِ » . متفق عليه(١٤) . ويَحْتاجُ(١٥) شَرْطَيْنِ : مَعْرِفَةَ الأرْضِ ، وتَقْدِيرَ العَمَلِ ، فأمَّا الأرْضُ فلا تُعْرَفُ إلَّا بالمُشاهَدةِ ؛ لأنَّها تَخْتَلِفُ ، فتكونُ صُلْبةً تُتْعِبُ البَقَرَ والحَرَّاثَ ، وقد يكون فيها حِجارةٌ تَتَعلَّقُ بالسِّكَّةِ ، وتكون رَخْوَةً سَهْلَةً يَسْهُلُ حَرْثُها ، ولا تَأْتِي الصِّفَةُ عليها ، فيَحْتاجُ إلى رُؤْيَتِها . وأمَّا تَقْدِيرُ العَمَلِ ، فيجوزُ بأحدِ شَيْئَيْنِ ؛ إمَّا بالمُدَّةِ ، كيوم ٍ ويَوْمَيْن ، وإمَّا بالأرْضِ ، كهذه القِطْعةِ ، أو من هذا المكانِ إلى هذا المكانِ ، أو بالمِسَاحَةِ ، كمَدًى أو مَدَيَيْن(١٦) ، ونحو ذلك ، كلُّ ذلك جائزٌ ؛ لأنَّ العِلْمَ يَحْصُلُ به . فإن قَدَّرَهُ بالمُدَّةِ ، فلابُدَّ من مَعْرِفةِ البَقَرِ التي يَعْمَلُ عليها ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِها في القُوَّةِ والضَّعْفِ . ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ البَقَرَ مُفْرَدةً لِيَتَوَلَّى رَبُّ الأرْضِ الحَرْثَ بها . ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَها مع صاحِبِها لِيَتَوَلَّى الحَرْثَ بها . ويجوزُ اسْتِئْجارُها بآلَتِها من الفَدَّانِ والنِّيرِ ، واسْتِئْجارُها بدُونِ آلَتِها ، وتكون الآلَةُ من عندِ صاحِبِ الأرْضِ . ويجوزُ اسْتِئْجارُ البَقَرِ وغيرِها لِدِراسِ / الزَّرْعِ ؛ لأنَّها مَنْفَعةٌ مُباحةٌ مَقْصُودةٌ ، فأشْبَهَتِ الحَرْثَ . ١١٥/٥ ظ

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) أخرجه البخاري ، في : باب استعمال البقر للحراثة ، من كتاب المزارعة ، وفي : باب حدثنا أبو اليمان ، أخبرنا شعيب ... ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب قول النبي ﷺ لو كنت متخذا خليلا ... ، من كتاب فضائل أصحاب النبي ﷺ . صحيح البخاري ٣/١٣٦ ، ٤/٢١٢ ، ٥/٦ ، ٧ . ومسلم ، في : باب من فضائل الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤/١٨٥٧ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب حدثنا عبد بن حميد ... ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذي ١٣/١٤٠ .

(١٥) في م زيادة : « إلى » .

(١٦) المدى : منتهى البصر وغايته .

ويجوزُ على مُدَّةٍ أو زَرْعٍ مُعَيَّنٍ ، أو مَوْصُوفٍ ، كما ذَكَرْناه فى الحَرْثِ . ومتى كان على مُدَّةٍ ، احْتِيجَ إلى مَعْرِفةِ [17] الحَيوانِ الذى يَعْمَلُ عليه لِيَعْرِفَ قُوَّتَه أو ضَعْفَه ، وإن كان على عَمَلٍ غير مُقَدَّرٍ بالمُدَّةِ احْتاجَ إلى مَعْرِفةِ [17] جِنْسِ الحَيَوانِ ؛ لأن الغَرَضَ يَخْتَلِفُ به ، فمنه ما رَوْثُه طاهِرٌ ، ومنه ما رَوْثُه [18] نَجِسٌ ، ولا يَحْتاجُ إلى مَعْرِفةِ عَيْنِ الحَيوانِ . ويجوزُ أن يَسْتأْجِرَ الحَيوانَ بآلَتِه ، وبغيرِ آلَتِه ، مع صاحِبِه ، ومُنْفَرِدًا عنه . كما ذَكَرْنا فى الحَرْثِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِئْجارُ بَهِيمَةٍ لإِدارَةِ الرَّحَى ، ويَفْتَقِرُ إلى شَيْئَيْنِ ؛ مَعْرِفَةِ الحَجَرِ ، إمَّا بمُشَاهَدَةٍ ، وإمَّا بصِفَةٍ تَحْصُلُ بها مَعْرِفَتُه ؛ لأنَّ عَمَلَ البَهِيمَةِ يَخْتَلِفُ فيه بِثِقْلِه وخِفَّتِه ، فيَحْتاجُ صَاحِبُها [19] إلى مَعْرِفَتِه . وتَقْدِيرِ العَمَلِ ، إمَّا بالزَّمَانِ ، فيقول : يومًا أو يَوْمَيْنِ . أو بالطَّعَامِ فيقول : قَفِيزًا أو قَفِيزَيْنِ . ويَذْكُرُ جِنْسَ المَطْحُونِ إن كان يَخْتَلِفُ ؛ لأنَّ منه ما يَسْهُلُ طَحْنُه ، ومنه ما يَصْعُبُ . وكذلك إن اكْتَرَاها لإِدارَةِ دُولَابٍ ، فلابُدَّ من مُشَاهَدَتِه ، ومُشَاهَدَةِ دُولَابِه ، لِاخْتِلافِها ، وتَقْدِيرُ ذلك بالزَّمَانِ ، أو مَلْءِ هذا الحَوْضِ ، أو هذه البِرْكَةِ . وكذلك إن اكْتَرَاها للاسْتِقَاءِ بالغَرْبِ ، فلابُدَّ من مَعْرِفَتِه ؛ لأنَّه يَخْتَلِفُ بكِبَرِه وصِغَرِه ، ويُقَدَّرُ بالزَّمَانِ ، أو بعَدَدِ الغُرُوبِ ، أو بمَلْءِ بِرْكَةٍ أو حَوْضٍ . ولا يجوزُ تَقْدِيرُ ذلك بِسَقْيِ أرْضٍ ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ ، فقد تكونُ الأرْضُ عَطْشَانَةً لا يَرْوِيها القَلِيلُ ، وتكونُ قَرِيبَةَ العَهْدِ بالماءِ فيَكْفِيها القَلِيلُ ، فيكون ذلك مَجْهُولًا . وإن قَدَّرَه بِسَقْيِ ماشِيَةٍ ، احْتَمَلَ أن لا يَجُوزَ ؛ لذلك . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ ؛ لأنَّ شُرْبَها يَتَقارَبُ فى الغالِبِ / . ويجوزُ اسْتِئْجارُ دابَّةٍ لِيَسْتَقِيَ عليها ماءً ، ولابُدَّ من مَعْرِفَةِ الآلَةِ التى يَسْتَقِى بها ، من رَاوِيَةٍ ، أو قِرَبٍ أو جِرَارٍ ، ومَعْرِفةُ ذلك إمَّا بالرُّؤْيَةِ ، وإمَّا بالصِّفَةِ ، ويُقَدَّرُ العَمَلَ إمَّا بالزَّمَانِ ، وإمَّا بعَدَدِ المَرَّاتِ ،

١١٦/٥ و

(١٧ – ١٧) سقط من : ب .
(١٨) فى الأصل ، ب : « هو » .
(١٩) سقط من : الأصل .

وإمَّا بِمَلْءِ شيءٍ مُعَيَّنٍ ، فإن قَدَّره بعَدَدِ المَرَّاتِ ، احْتاجَ إلى مَعْرِفةِ المَوْضِعِ الذى يَسْتَقِى منه ، (٢٠والذى يَذْهَبُ إليه ؛ لأنَّ ذلك يَخْتَلِفُ بالقُرْبِ والبُعْدِ ، والسُّهُولةِ والحُزُونةِ ، وإن قَدَّرَهُ بمَلْءِ شىءٍ مُعَيَّنٍ ، احْتاجَ إلى مَعْرِفَته ، ومَعْرِفَةِ ما يَسْتَقِى منه٢٠) . ويجوزُ أن يَكْتَرِىَ البَهِيمةَ بآلَتِها وبدُونِها ، مع صَاحِبِها ووَحْدَها . وإن اكْتَرَاها لِبَلِّ تُرَابٍ مَعْرُوفٍ ، جازَ ؛ لأنَّ ذلك معلومٌ[٢١] بالعُرْفِ . وكلُّ مَوْضِعٍ وَقَعَ العَقْدُ على مُدَّةٍ ، فلابُدَّ من مَعْرِفةِ الظَّهْرِ الذى يَعْمَلُ عليه ؛ لأنَّ الغَرَضَ يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِها فى القُوَّةِ والضَّعْفِ . وإن وَقَعَ على عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، لم يَحْتَجْ إلى مَعْرِفَتِها ؛ لأنَّه لا يَخْتَلِفُ . ويَحْتَمِلُ أن يَحْتاجَ إلى ذلك فى اسْتِيفاءِ الماءِ عليه ؛ لأنَّ منه ما رَوْثُه طاهِرٌ وجِسْمُه طاهِرٌ بغير خِلَافٍ ، كالخَيْلِ والبَقَرِ ، ومنه ما رَوْثُه نَجِسٌ ويُخْتلَفُ فى نَجَاسةِ جِسْمِه ، كالبِغَالِ والحَمِيرِ ، فربما نَجِسَ به[٢٢] المُسْتَقِى أو دَلْوُه ، فيَتَنَجَّسُ الماءُ به ، فيَخْتَلِفُ الغَرَضُ بذلك ، فتَجِبُ مَعْرِفَتُه .

فصل : وإذا اكْتَرَى حَيَوانًا لِعَمَلٍ لم يُخْلَقْ له ، مثل أن اكْتَرَى البَقَرَ لِلرُّكُوبِ أو الحَمْلِ[٢٣] عليها ، أو اكْتَرَى الإِبِلَ والحُمُرَ لِلْحَرْثِ ، جازَ ؛ لأنَّها مَنْفَعةٌ مَقْصُودةٌ ، أمْكَنَ اسْتِيفَاؤُها من الحَيَوان ، لم يَرِدِ الشَّرْعُ بتَحْرِيمِها ، فجازَ ، كالذى خُلِقَتْ له ، ولأنَّ مُقتضَى المِلْكِ جَوَازُ التَّصرُّفِ بكلّ ما يَصْلُحُ[٢٤] له العَيْنُ المَمْلُوكةُ ، ويُمْكِنُ تَحْصِيلُه منها ، ولا يَمْتَنِعُ ذلك إلَّا بمُعَارِضٍ رَاجِحٍ ، إمَّا وُرُودُ نَصٍّ بتَحْرِيمه ، أو قِياسٌ صَحِيحٌ ، أو رُجْحانُ مَضَرَّته على مَنْفَعَتِه ، وليس هٰهُنا / واحدٌ منها ، وكثيرٌ من النَّاسِ من الأكْرادِ وغيرِهم يَحْمِلُونَ على البَقَرِ ويَرْكَبُونَها ، وفى بعض البُلْدانِ يحْرُثون[٢٥] على

٥/١١٦ ظ

(٢٠ - ٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) فى الأصل : « يد » .

(٢٣) فى ب ، م : « والحمل » .

(٢٤) فى ب ، م : « يحرث » .

الإبِلِ والبِغَالِ والحَمِيرِ ، فيكون مَعْنَى خَلْقِها لِلْحَرْثِ إن شاءَ الله ، أنَّ مُعْظَمَ الانْتِفاعِ بها فيه ، ولا يَمْنَعُ ذلك[٢٥] الانْتِفَاعَ بها فى شيءٍ آخَرَ ، كما أنَّ الخَيْلَ خُلِقَتْ لِلرُّكُوبِ والزِّينةِ ، ويُبَاحُ أَكْلُها ، واللُّؤْلُؤُ خُلِقَ لِلْحِلْيَةِ ، ويجوزُ اسْتِعْمالُه فى الأَدْوِيةِ وغيرِها . والله أعلمُ .

٩٠٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَا حَدَثَ فِى السِّلْعةِ مِنْ يَدِ الصَّانِعِ ، ضَمِنَ)

وجملتُه أنَّ الأجيرَ على ضَرْبَيْنِ ؛ خاصٌّ ، ومُشْتَرَكٌ ، فالخاصُّ : هو الذى يَقَعُ العَقْدُ عليه فى مُدَّةٍ مَعْلُومةٍ ، يَسْتَحِقُّ المُسْتَأْجِرُ نَفْعَه فى جَمِيعِها ، كرَجُلٍ اسْتُؤْجِرَ لخِدْمةٍ ، أو عَمَلٍ فى بِنَاءٍ أو خِيَاطةٍ ، أو رِعَايةٍ ، يومًا أو شَهْرًا ، سُمِّىَ خاصًّا لِاخْتِصَاصِ المُسْتَأْجِرِ بنَفْعِه فى تلك المُدّةِ دُونَ سائِرِ النَّاسِ . والمُشْتَرَكُ : الذى يَقَعُ العَقْدُ معه على عَمَلٍ مُعَيَّنٍ ، كخِيَاطةِ ثَوْبٍ ، وبِنَاءِ حائطٍ ، وحَمْلِ شيءٍ إلى مكانٍ مُعَيَّنٍ ، أو على عَمَلٍ فى مُدَّةٍ لا يَسْتَحِقُّ جَمِيعَ نَفْعِه فيها ، كالكَحَّال ، والطَّبِيبِ ، سُمِّىَ مُشْتَرَكًا لأنَّه يَتَقَبَّلُ أعمالًا لِاثْنَيْنِ وثَلَاثةٍ وأكْثَرَ فى وَقْتٍ واحِدٍ ، ويَعْمَلُ لهم ، فيَشْتَرِكُونَ فى مَنْفَعَتِه واسْتِحْقَاقِها ، فسُمِّىَ مُشْتَرَكًا لِاشْتِرَاكِهم فى مَنْفَعَتِه . فالأجيرُ المُشْتَرَكُ هو الصانِعُ الذى ذَكَرَه الخِرَقِىُّ ، وهو ضامِنٌ لما جَنَتْ يَدُه ، فالحائكُ إذا أَفْسَدَ حِيَاكَتَه ضامِنٌ لما أفْسَدَ . نَصَّ أحمدُ على هذه المَسْأَلةِ ، فى رِوَايةِ ابنِ منصورٍ . والقَصَّارُ ضامِنٌ لما يَتَخَرَّقُ من دَقِّه أو مَدِّه أو عَصْرِه أو بَسْطِه . والطَّبّاخُ ضامِنٌ لما أفْسَدَ من طَبِيخِه . والخَبّازُ ضامِنٌ لما أفْسَدَ من خُبْزِه ، والحَمَّالُ يَضْمَنُ ما يَسْقُطُ من حِمْلِه عن رَأْسِه ، أو تَلِفَ من عَثْرَتِه . والجَمَّالُ يَضْمَنُ ما تَلِفَ / بقَوْدِه ، وسَوْقِه ، وانْقِطَاعِ حَبْلِه الذى يَشُدُّ به حِمْلَهُ . ١١٧/٥ و والمَلَّاحُ يَضْمَنُ ما تَلِفَ من يَدِه ، أو جَذْفِه ، أو ما يُعَالِجُ به السَّفِينةَ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وعبدِ الله بن عُتْبَةَ ، وشُرَيْحٍ[١] ، والحَسَنِ ، والحَكَمِ . وهو قول

---

(٢٥) سقط من : ب .

(١) أخرج البيهقى ذلك عن عمر وعلى وشريح ، فى : باب ما جاء فى تضمين الأجراء ، من كتاب الإجارة . السنن الكبرى ١٢٢/٦ . =

أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، وأحدُ قَوْلَى الشافِعِىِّ ، وقال فى الآخر : لا يَضْمَنُ ، ما لم يَتَعَدَّ . قال الرَّبيعُ : هذا مذهبُ الشافِعِىِّ ، وإن لم يَبُحْ به . ورُوِى ذلك عن عَطَاءٍ ، وطَاوُسٍ ، وزُفَر ؛ لأنَّها عَيْنٌ مَقْبُوضَةٌ بِعَقْدِ الإِجَارَةِ ، فلم تَصِرْ مَضْمُونةً ، كالعَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ . ولَنا ، ما رَوَى جعفرُ بن محمدٍ ، عن أبيه ، عن علىٍّ أنَّه كان يُضَمِّنُ الصَّبَّاغَ والصَّوَّاغَ ، وقال : لا يُصْلِحُ الناسَ إلَّا ذلك[2] . ورَوَى الشافِعِىُّ ، فى « مُسْنَدِه »[3] ، بإسْنادِه على عَلِىٍّ ، أنَّه كان يُضَمِّنُ الأُجَرَاءَ ، ويقول : لا يُصْلِحُ الناسَ إلَّا هذا . ولأنَّ عَمَلَ الأجيرِ المُشْتَرَكِ مَضْمُونٌ عليه ، فما تَوَلَّدَ منه يَجِبُ أن يكونَ مَضْمُونًا ، كالعدوانِ بِقَطْعِ عُضْوٍ ، بخِلَافِ الأجيرِ الخاصِّ . والدَّلِيلُ على أنَّ عَمَلَه مَضْمُونٌ عليه ، أنَّه لا يَسْتَحِقُّ العِوَضَ إلَّا بالعَمَلِ ، وأنَّ الثَّوْبَ لو تَلِفَ فى حِرْزِه بعدَ عَمَلِه ، لم يكُنْ له أجْرٌ فيما عَمِلَ فيه ، وكان ذَهَابُ عَمَلِه من ضَمَانِه ، بخِلَافِ الخاصِّ ، فإنَّه إذا أَمْكَنَ المُسْتَأْجِرَ من اسْتِعْمالِه ، اسْتَحَقَّ العِوَضَ بمُضِىِّ المُدَّةِ وإن لم يَعْمَلْ ، وما عَمِلَ فيه من شىءٍ فتَلِفَ من حِرْزِه ، لم يَسْقُطْ أجْرُه بتَلَفِه .

فصل : ذَكَرَ القاضى أنَّ الأجيرَ المُشْتَرَكَ إنَّما يَضْمَنُ إذا كان يَعْمَلُ فى مِلْكِ نَفْسِه ، مثل الخَبَّازِ يَخْبِزُ فى تَنُّورِه ومِلْكِه ، والقَصَّارِ والخَيَّاطِ فى دُكَّانَيْهِما ، قال : ولو دَعَا الرَّجُلُ خَبَّازًا ، فخَبَزَ له فى دارِه ، أو خَيَّاطًا أو قَصَّارًا لِيَقْصِرَ ويَخِيطَ عندَه ، لا ضَمانَ عليه فيما أتْلَفَ ، ما لم يُفَرِّطْ ؛ لأنَّه سَلَّمَ نَفْسَه إلى المُسْتَأْجِرِ ، فيَصِيرُ كالأجيرِ الخاصِّ . قال : ولو كان صاحِبُ المَتاعِ / مع المَلَّاحِ فى السَّفِينةِ ، أو راكِبًا على الدَّابَّةِ فوقَ حِمْلِه ، فعَطِبَ الحِمْلُ ، لا ضَمانَ على المَلَّاحِ والمُكَارِى ؛ لأنَّ يَدَ صاحِبِ المَتاعِ لم تَزُلْ ، ولو كان رَبُّ المَتاعِ والجَمَّالُ راكِبَيْنِ على الحِمْلِ ، فتَلِفَ حِمْلُه ، لم يَضْمَنْهُ

117/5 ظ

=وأخرجه ابن أبى شيبة عن عبد الله بن عتبة فى : باب الأجير يضمن أم لا ؟ من كتاب البيوع والأقضية . المصنف 6/127 .

(2) أخرجه البيهقى ، فى الباب السابق ، الموضع السابق .

(3) لم نجده فى مسند الشافعى ، وأخرجه البيهقى عن الشافعى ، فى الباب السابق ، الموضع السابق .

الجَمَّالُ ؛ لأنَّ (٤ رَبَّ المَتاعِ ٤) لم يُسَلِّمْهُ إليه . ومذهبُ مالِكٍ والشافِعِىِّ نحوُ هذا .
قال أصْحابُ الشافِعِىِّ : لو كان العَمَلُ فى دُكَّانِ الأجِيرِ ، والمُسْتَأْجِرُ حاضِرٌ ، أو اكْتَراه لِيَعْمَلَ له شَيْئًا ، وهو معه ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّ يَدَهُ عليه ، فلم يَضْمَنْ من غير جِنايِته[٥] ، ويَجِبُ له أجْرُ عَمَلِه ؛ لأنَّ يَدَه عليه ، فكلَّما عَمِلَ شَيْئًا صارَ مُسَلَّمًا إليه .
فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه لا فَرْقَ بين كَوْنِه فى مِلْكِ نَفْسِه أو مِلْكِ مُسْتَأْجِرِه ، أو كان صاحِبُ العَمَلِ حاضِرًا عنده أو غائِبًا عنه ، أو كَوْنِه مع المَلَّاحِ أو الجَمَّالِ أو لا .
وكذلك قال ابنُ عَقِيلٍ : ما تَلِفَ بجنَايةِ المَلَّاحِ بِجَذْفِه ، أو بِجِنَايةِ المُكَارِى بِشَدِّه المَتاعَ ، ونحوِه ، فهو مَضْمُونٌ عليه ، سواءٌ كان صاحِبُ المَتاعِ معه ، أو لم يكُنْ ؛ لأنَّ وُجُوبَ الضَّمَانِ عليه لجِنَايةِ يَدِه ، فلا فَرْقَ بين حُضُورِ المالِكِ وغَيْبَتِه ، كالعُدْوانِ ، ولأنَّ جِنَايةَ الجَمّالِ والمَلَّاحِ ، إذا كان صاحِبُ المَتاعِ راكِبًا معه ، يَعُمُّ المَتاعَ وصاحِبَه ، وتَفْرِيطَه يَعُمُّهُما ، فلم يُسْقِطْ ذلك الضَّمانَ ، كما لو رَمَى إنْسانًا مُتَتَرِّسًا ، فكَسَرَ تُرْسَه وقَتَلَهُ ، ولأنَّ الطَّبِيبَ والخَتَّانَ إذا جَنَتْ يَدَاهُما ضَمِنَا مع حُضُورِ المُطَبَّبِ والمَخْتُونِ . وقد ذَكَرَ القاضِى أنَّه لو كان جَمَّالٌ[٦] يَحْمِلُ على رَأْسِه ورَبُّ المَتاعِ معه ، فعَثَرَ ، فسَقَطَ المتاعُ ، فتَلِفَ ، ضَمِنَ ، وإن سُرِقَ ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه فى العِثَارِ تَلِفَ بجِنَايَتِه ، والسَّرِقَةُ ليست من جِنَايَتِه ، ورَبُّ المالِ لم يَحُلْ بينه وبينه . وهذا يَقْتَضِى أنَّ تَلَفه بجِنَايَتِه مَضْمُونٌ عليه ، سواءٌ حَضَرَ رَبُّ المالِ أو غابَ ، بل وُجُوبُ / الضَّمانِ فى مَحلِّ النِّزاعِ أَوْلَى ؛ لأنَّ الفِعْلَ فى ذلك[٧] المَوْضِعِ مَقْصُودٌ لِفَاعِلِه ، والسَّقْطَةُ من الحَمّالِ غيرُ مَقْصُودةٍ له ، فإذا وَجَبَ الضَّمانُ هٰهُنا ، فثَمَّ أَوْلَى .

١١٨/٥ و

فصل : وذَكَرَ القاضى أنَّه إذا كان المُسْتَأْجِرُ على حَمْلِه عَبِيدًا صِغَارًا أو كِبارًا ،

(٤ - ٤) فى الأصل : « الحمل مسلم إليه » .
(٥) فى ب ، م : « جناية » .
(٦) فى م : « ذلك » .
(٧) فى م زيادة : « إلى » .

فلا ضَمَانَ على المُكَارِى فيما تَلِفَ من سَوْقِه وقَوْدِه ، إذ لا يَضْمَنُ بنِى آدَمَ من جِهَةِ الإجَارَةِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعَةٍ . والأَوْلَى وُجُوبُ الضَّمانِ ؛ لأنَّ الضَّمانَ هٰهُنا من جِهَةِ الجِنَايةِ ، فوَجَبَ أن يَعُمَّ بَنِى آدَمَ وغيرَهم ، كسائِرِ الجِنَاياتِ . وما ذَكَرَه يَنْتَقِضُ بجِنَايةِ الطَّبِيبِ والخَتَّانِ .

فصل : فأمَّا[8] الأجِيرُ الخاصُّ فهو[9] الذى يُسْتَأْجَرُ[10] مُدَّةً ، فلا ضَمانَ عليه ، ما لم يَتَعَدَّ . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ مُهَنَّا ، فى رَجُلٍ أمَرَ غُلَامَه يَكِيلُ لِرَجُلٍ بَزْرًا ، فسَقَطَ الرَّطْلُ من يَدِه ، فانْكَسَرَ : لا ضَمانَ عليه . فقيل : أليس هو بمَنْزِلةِ القَصَّارِ ؟ قال : لا ، القَصّارُ مُشْتَرَكٌ . قيل : فرَجُلٌ اكْتَرَى رَجُلًا يَسْتَقِى ماءً ، فكَسَرَ الجَرَّةَ ؟ فقال : لا ضَمَانَ عليه . [11]قيل له : فإن اكْتَرَى رَجُلًا يَحْرُثُ له على بَقَرةٍ ، فكَسَرَ الذى يَحْرُثُ به . قال : فلا ضَمَانَ عليه .[11] وهذا مذهبُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ وأصْحابِه . وظاهِرُ مَذْهَبِ الشافِعِىِّ ، وله قولٌ آخر : أنَّ جَمِيعَ الأُجَرَاءِ يَضْمَنُونَ . ورَوَى فى مُسْنَدِه ، عن عَلِىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كان يُضَمِّنُ الأُجَرَاءَ ، ويقول : لا يُصْلِحُ النَّاسَ إلَّا هذا . ولَنا ، أنَّ عَمَلَه غيرُ مَضْمُونٍ عليه ، فلم يَضْمَنْ ما تَلِفَ به ، كالقِصَاصِ وقَطْعِ يَدِ السّارِقِ . وخَبَرُ عَلِىٍّ مُرْسَلٌ ، والصَّحِيحُ فيه[12] أنَّه كان يُضَمِّنُ الصَّبَّاغَ والصَّوَّاغَ ، وإن رُوِى مُطْلَقًا ، حُمِلَ على هذا / فإنَّ المُطْلَقَ يُحْمَلُ على المُقَيَّدِ . ولأنَّ الأجِيرَ الخاصَّ نائِبٌ عن المالِكِ فى صَرْفِ مَنَافِعِه إلى ما أمَرَه به ، فلم يَضْمَنْ من غيرِ تَعَدٍّ ، كالوَكِيلِ والمُضَارِبِ . فأمَّا ما يَتْلَفُ بتَعَدِّيه ، فيَجِبُ ضَمَانُه ، مثل الخَبَّازِ الذى يُسْرِفُ فى الوَقُودِ ، أو يَلْزَقُه قبلَ وَقْتِه ، أو يَتْرُكُه بعدَ وَقْتِه حتى يَحْتَرِقَ ؛ لأنَّه تَلِفَ بتَعَدِّيه ، فضَمِنَه ، كغيرِ الأجِيرِ .

١١٨/٥ ظ

---

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) فى ب ، م : « هو » .

(١٠) فى ب ، م : « يستأجره » .

(١١ – ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) سقط من : ب .

فصل : وإذا اسْتَأْجَرَ الأجيرُ المُشْتَرَكُ أجيرًا خاصًّا ، كالخَيّاطِ فى دُكَّانٍ يَسْتَأْجِرُ أَجيرًا مُدَّةً ، يَسْتَعْمِلُه فيها ، فتَقَبَّلَ صاحِبُ الدُّكّانِ خِياطةَ ثَوْبٍ ، ودَفَعَهُ إلى أجِيرِه ، فخَرَقَهُ أو أفسَدَه ، لم يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّه أجيرٌ خاصٌّ ، ويَضْمَنُه صاحِبُ الدُّكَّانِ ؛ لأنَّه أجيرٌ مُشْتَرَكٌ .

فصل : إذا أتْلَفَ الصّانِعُ الثَّوْبَ بعدَ عَمَلِه ، فصَاحِبُه مُخَيَّرٌ بين تَضْمِينِه إيَّاه غيرَ مَعْمُولٍ ولا أجْرَ له[13] ، وبين تَضْمِينِه إيَّاه مَعْمُولًا ويَدْفَعُ إليه أجْرَهُ . ولو وَجَبَ عليه ضَمَانُ المَتاعِ المَحْمُولِ ، فصَاحِبُه مُخَيَّرٌ بين تَضْمِينِه قِيمَتَه فى المَوْضِعِ الذى سَلَّمَه إليه ولا أجْرَ له ، وبين تَضْمِينِه إيَّاه فى المَوْضِعِ الذى أفْسَدَه ويُعْطِيه الأجْرَ إلى ذلك المكانِ . وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّه إذا أحَبَّ تَضْمِينَه مَعْمُولًا ، أو فى المكانِ الذى أفْسَدَه فيه ، فله ذلك ؛ لأنَّه مَلَكَه فى ذلك المَوْضِعِ على تِلْكَ الصِّفَةِ ، فمَلَكَ المُطَالَبَةَ بعِوَضِه حينئذٍ ، وإن أحَبَّ تَضْمِينَه قبلَ ذلك ، فلأنَّ أجْرَ العَمَلِ لا يَلْزَمُه قبلَ تَسْلِيمِه إليه ، وما سُلِّمَ إليه ، فلا يَلْزَمُه .

فصل : إذا دَفَعَ إلى حائِكٍ غَزْلًا ، فقال : انْسِجْه لى عَشَرَةَ أذْرُعٍ فى عَرْضِ ذِرَاعٍ . فنَسَجَه زائِدًا على ما قَدَّرَ له فى الطُّولِ والعَرْضِ ، فلا أجْرَ له فى الزِّيادةِ ؛ لأنَّه غيرُ مَأْمُورٍ بها ، وعليه ضَمانُ نَقْصِ الغَزْلِ المَنْسُوجِ فيها ، فأمَّا ما عدا الزّائِدَ فيُنْظَرُ فيه ؛ فإن كان جاءَ به زائِدًا فى الطُّولِ وحدَه ، ولم يَنْقُص الأصْلُ بالزِّيادةِ فله ما / سَمَّى له من الأجْرِ ، كما لو اسْتَأْجَرَهُ على أن يَضْرِبَ له مائة لَبِنَةٍ ، فضَرَبَ له مائتَيْنِ ، وإن جاءَ به زائِدًا فى العَرْضِ وحدَه ، أو فيهما ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما : لا أجْرَ له ؛ لأنَّه مُخالِفٌ لأمْرِ المُسْتَأْجِرِ ، فلم يَسْتَحِقَّ شيئا ، كما لو اسْتَأْجَرَه على بِنَاءِ حائِطٍ عَرْضَ ذِرَاعٍ ، فبَنَاهُ عَرْضَ ذِرَاعَيْنِ . والثانى ، له المُسَمَّى ؛ لأنَّه زادَ على ما أمَرَ به ، فأشْبَهَ زِيادةَ الطُّولِ . ومن قال بالوَجْهِ الأوَّلِ ، فَرَّقَ بين الطُّولِ والعَرْضِ ، بأنَّه يُمْكِنُ قَطْعُ الزائِدِ

١١٩/٥ و

---

(١٣) فى م : « عليه » .

فى الطُّولِ ، ويَبْقَى الثَّوْبُ على ما أرَادَ ، ولا يُمْكِنُ ذلك فى العَرْضِ . وأمَّا إن جاءَ به ناقِصًا فى الطُّولِ والعَرْضِ ، أو فى أحَدِهما ، ففيه أيضا وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا أجْرَ له ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِ الغَزْلِ ؛ لأنَّه مُخالِفٌ لما أُمِرَ به ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرَه على بِنَاءِ حائطٍ عَرْضَ ذِرَاعٍ ، فبَناهُ عَرْضَ نِصْفِ ذِرَاعٍ . والثانى ، له بِحِصَّتِه من المُسَمَّى ، كمن اسْتُؤْجِرَ على ضَرْبِ لَبِنٍ ، فضَرَبَ بعضَه . ويَحْتَمِلُ أنَّه إنْ جاءَ به ناقِصًا فى العَرْضِ ، فلا شىءَ له ، وإن كان ناقِصًا فى الطُّولِ ، فله بِحِصَّتِه من المُسَمَّى ؛ لما ذَكَرْنا من الفَرْقِ بين الطُّولِ والعَرْضِ . وإن جاءَ به زائِدًا فى أحَدِهما ، ناقِصًا فى الآخر ، فلا أجْرَ له فى الزّائِدِ ، وهو فى الناقِصِ على ما ذَكَرْنا من التَّفْصِيلِ فيه . وقال محمدُ بن الحَسَنِ فى المَوْضِعَيْنِ : يُخَيَّرُ[14] صاحِبُ الثَّوبِ بين دَفْعِ الثَّوْبِ إلى النَّسَّاجِ ومُطَالَبَتِه بثَمَنِ غَزْلِه ، وبين أن يَأْخُذَه ويَدْفَعَ إليه المُسَمَّى فى الزائِدِ ، أو بِحِصَّةِ المَنْسُوجِ فى الناقِصِ ؛ لأنَّ غرَضَه لم يَسْلَمْ له ، لأنَّه يَنْتَفِعُ بالطَّوِيلِ ما لا يَنْتَفِعُ بالقَصِيرِ ، ويَنْتَفِعُ بالقَصِيرِ ما لا يَنْتَفِعُ بالطَّوِيلِ ، فكأنه أتْلَفَ عليه غَزْلَهُ . ولَنا ، أنَّه وَجَدَ عَيْنَ مالِه ، فلم يكُنْ له المُطَالَبَةُ بعِوَضِه ، كما لو جاءَ به زائِدًا فى الطُّولِ وحدَه . فأمَّا إن أثَّرَتِ الزِّيادَةُ أو النَّقْصُ فى الأصْلِ ، مثل أن يَأْمُرَه بنَسْجِ عَشْرَةِ أذْرُعٍ ليكُونَ الثَّوْبُ خَفِيفًا ، فنَسَجَه خَمْسَةَ عَشَرَ ، فصارَ صَفِيقًا ، أو أمَرَه بنَسْجِه خَمْسَةَ عَشَرَ ليكونَ صَفِيقًا ، فنَسَجَه عَشَرَةً ، فصارَ خَفِيفًا ، فلا أجْرَ له بحالٍ ، وعليه ضَمَانُ نَقْصِ الغَزْلِ ؛ لأنَّه لم يَأْتِ بشىءٍ ممَّا أُمِرَ به .

فصل : إذا دَفَعَ إلى خَيَّاطٍ ثَوْبًا ، فقال / : إن كان يُقْطَعُ قَمِيصًا فاقْطَعْهُ . فقال : هو يُقْطَعُ . وقَطَعَه ، فلم يَكْفِ ، فعليه ضَمَانُه . وإن قال : انْظُرْ هذا يَكْفِينِى قَمِيصًا ؟ قال : نعم . قال : اقْطَعْه . فقَطَعَه ، فلم يَكْفِه ، لم يَضْمَنْ . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا ضَمَانَ عليه فى المَسْأَلَتَيْنِ ؛ لأنَّه لو كان غَرَّهُ فى

١١٩/٥ ظ

---

(١٤) فى الأصل : « يتخير » .

الأُولَى ، لَكان قد[15] غَرَّهُ في الثانيةِ . ولَنا ، أنَّه إنَّما أذِنَ له فى الأُولَى بشَرْطِ كِفَايَتِه ، فقطَعَه بدُونِ شَرْطِه ، وفى الثانيةِ أذِنَ له من غيرِ شَرْطٍ ، فافْتَرَقَا ، ولم يَجِبْ عليه الضَّمانُ فى الأُولَى لِتَغْرِيرِه ، بل لِعَدَمِ الإِذْنِ فى قَطْعِه ؛ لأنَّ إذْنَه مُقَيَّدٌ بشَرْطِ كِفَايَتِه ، فلا يكونُ إذْنًا فى غيرِ ما وُجِدَ فيه الشَّرْطُ ، بخِلَافِ الثانيةِ .

فصل : فإن أمَرَه أن يَقْطَعَ الثَّوْبَ قَمِيصَ رَجُلٍ ، فقَطَعَه قَمِيصَ امْرأةٍ ، فعليه غُرْمُ ما بين قِيمَتِه صَحِيحًا ومَقْطُوعًا ؛ لأنَّ هذا قَطْعٌ غيرُ مَأْذُونٍ فيه ، فأشْبَهَ ما لو قَطَعَه من غيرِ إذْنٍ . وقيل : يَغْرَمُ ما بين قَمِيصِ امْرَأةٍ وقَمِيصِ رَجُلٍ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فى قَمِيصٍ فى الجُمْلَةِ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ المَأْذُونَ فيه قَمِيصٌ مَوْصُوفٌ بصِفَةٍ ، فإذا قَطَعَ قَمِيصًا غيرَه ، لم يكُنْ فاعِلًا لما أُذِنَ فيه ، فكان مُتَعَدِّيًا بابْتِدَاءِ القَطْعِ ، ولذلك لا يَسْتَحِقُّ على القَطْعِ أجْرًا ، ولو فَعَلَ ما أُمِرَ به ، لَاسْتَحَقَّ أجْرَهُ .

فصل : وإن اخْتَلَفَا ، فقال : أَذِنْتَ لى فى قَطْعِه قَمِيصَ امْرَأةٍ . وقال : بل أَذِنْتُ لك فى قَطْعِه قَمِيصَ رَجُلٍ . أو قال : أذِنْتَ لى فى قَطْعِه قَمِيصًا . قال : بل قَبَاءً . أو قال الصَّبَّاغُ : أمَرْتَنِى بصَبْغِه أحْمَرَ . قال : بل أسْوَدَ . فالقولُ قولُ الخَيَّاطِ والصَّبَّاغِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ ابنِ منصورٍ[16] . وهذا قولُ ابنِ أبى لَيْلَى . وقال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ ، [17]وأبو ثَوْرٍ[17] : القولُ قولُ رَبِّ الثَّوْبِ . واخْتَلَفَ أصْحابُ الشافِعِىِّ ، فمنهم مَن قال : له قَوْلَان / ، كالمَذْهَبَيْنِ . ومنهم من قال : له قولٌ ثالِثٌ ، أنَّهما يَتحالَفَانِ ، كالمُتَبَايِعَيْنِ يَخْتَلِفانِ فى الثَّمَنِ . ومنهم مَن قال : الصَّحِيحُ أنَّ القولَ قولُ رَبِّ الثَّوْبِ ؛ لأنَّهما اخْتَلَفَا فى صِفَةِ إذْنِه ، والقولُ قولُه فى أصْلِ الإِذْنِ ، فكذلك فى صِفَتِه ، ولأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإِذْنِ المُخْتَلَفِ فيه ، فالقولُ قولُ من يَنْفِيه . ولَنا ، أنَّهما

١٢٠/٥ و

---

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) فى الأصل زيادة : « فقال : القول قول الخياط والصباغ » .

(١٧ - ١٧) سقط من : الأصل .

اتَّفَقَا على[١٨] الإِذْنِ واخْتَلَفَا فى صِفَتِه ، فكان القولُ قولَ المَأْذُونِ له ، كالمُضَارِبِ إذا قال : أذِنْتَ لى فى البَيْعِ نَسَاءً . ولأنَّهما اتَّفَقَا على مِلْكِ الخَيَّاطِ القَطْعَ ، والصَّبَّاغِ الصَّبْغَ . والظاهِرُ أنَّه فَعَلَ ما مَلَكَه ، واخْتَلَفَا فى لُزُومِ الغُرْمِ له ، والأَصْلُ عَدَمُه . فعلى هذا يَحْلِفُ الخَيَّاطُ والصَّبَّاغُ باللهِ لقد أذِنْتَ لى فى قَطْعِه قَبَاءً ، وصَبْغِه أحْمَرَ . ويَسْقُطُ عنه الغُرْمُ ، ويكونُ له أجْرُ مِثْلِه ؛ لأنَّه ثَبَتَ وُجُودُ فِعْلِه المَأْذُون فيه بعِوَضٍ ، ولا يَسْتَحِقُّ المُسَمَّى ؛ لأنَّ المُسَمَّى ثَبَتَ بِقَوْلِه ودَعْوَاه ، فلا يَحْنَثُ بيَمِينه[١٩] ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُم ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وأمْوَالَهُم ، ولٰكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ » . أخْرَجَهُ مُسْلِمٌ[٢٠] . فأمَّا المُسَمَّى فى العَقْدِ ، فإنَّما يَعْتَرِفُ رَبُّ الثَّوْبِ بِتَسْمِيَتِه أجْرًا ، وقَطْعِه قَمِيصًا ، وصَبْغِه أسْوَدَ . فأمَّا من قال : القولُ قولُ رَبِّ الثَّوْبِ . فإنَّه يَحْلِفُ باللهِ : ما أذِنْتُ[٢١] فى قَطْعِه قَبَاءً ، ولا صَبْغِه أحْمَرَ . ويَسْقُطُ عنه المُسَمَّى . ولا يَجِبُ لِلخَيَّاطِ والصَّبَّاغِ شىءٌ/ ؛ لأنَّهما فَعَلَا غيرَ ما أذِنَ لهما فيه . وذَكَرَ ابنُ أبى موسى ، عن أحمدَ ، رِوَايةً أخرى ، أنَّ صاحِبَ الثَّوْبِ إذا لم يكُنْ ممَّن[٢٢] يَلْبَسُ الأَقْبِيَةَ والأحمرَ[٢٣] ، فالقولُ قولُه ، وعلى الصَّانِعِ غُرْمُ ما نَقَصَ بالقَطْعِ ، وضَمَانُ ما أفْسَدَ ، ولا أجْرَ له ؛ لأنَّ قَرِينةَ حالِ رَبِّ الثَّوْبِ[٢٤] تَدُلُّ على صِدْقِه ، فتَتَرَجَّحُ دَعْوَاه بهما ، كما لو اخْتَلَفَا فى حائِطٍ لأحَدِهِما عليه عقدٌ أو أَزَجٌ ، رَجَّحْنا دَعْوَاه بذلك . وإن اخْتَلَفَ الزَّوْجانِ فى مَتَاعِ البَيْتِ ، رَجَّحْنا دَعْوَى كلِّ واحدٍ منهما فيما يَصْلُحُ له . ولو اخْتَلَفَ صانِعانِ فى الآلَةِ التى فى دُكَّانِهما ، رَجَّحْنا قولَ كلِّ

١٢٠/٥ ظ

---

(١٨) فى م : « فى » .

(١٩) فى الأصل : « بقسمته » .

(٢٠) تقدم تخريجه فى ٥٢٥/٦ .

(٢١) فى ب زيادة : « لك » .

(٢٢) سقط من : ب .

(٢٣) فى الأصل ، م : « السواد » .

(٢٤) فى م : « المال » .

واحدٍ منهما فى آلةِ صِناعَتِه . فعلى هذا يَحْلِفُ رَبُّ الثَّوْبِ : ما أذِنْتُ لك فى قَطْعِه قَبَاءً . ويَكْفِى هذا لأنه ينْتَفِى[٢٥] به الإِذْنُ ، فيَصِيرُ قاطِعًا لغيرِ ما أُذِنَ فيه . فإن كان القَبَاءُ مَخِيطًا بِخُيُوطِ لِمَالِكِه ، لم يَمْلِكِ الخَيّاطُ فَتْقَه ، وكان لِمَالِكِه أخْذُه مَخِيطًا بلا عِوَضٍ ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مِلْكِ غيرِه عَمَلًا مُجَرَّدًا عن عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ له ، فلم يكُنْ له إزَالَتُه ، كما لو نَقَلَ مِلْكَ غيرِه من مَوْضِعٍ إلى مَوْضِعٍ ، لم يكُنْ له رَدُّه إذا رَضِىَ صاحِبُه بتَرْكِه فيه . وإن كانت الخُيُوطُ لِلخَيّاطِ ، فله نَزْعُها ؛ لأنَّها عَيْنُ مالِه ، ولا يَلْزَمُه أخْذُ قِيمَتِها ؛ لأنَّها مِلْكُه ، ولا يَتْلَفُ بأَخْذِها مالَه حُرْمَةٌ . فإن اتَّفَقَا على تَعْوِيضِه عنها ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما . وإن قال رَبُّ الثَّوْبِ : أنا أشُدُّ فى كلِّ خَيْطٍ خَيْطًا . حتى إذا سَلَّهُ عادَ خَيْطُ رَبِّ الثَّوْبِ فى مَكانِه ، لم يَلْزَمِ الخَيَّاطَ الإجَابةُ إلى ذلك ؛ لأنَّه انْتِفاعٌ بمِلْكِه . وحُكْمُ الصَّبّاغِ فى قَلْعِ الصِّبْغِ إن أحَبَّه ، وفى غيرِ ذلك من أحْكَامِه ، حُكْمُ صِبْغِ الغاصِبِ . على ما مَضَى فى بابِه . والذى يَقْوَى عندى ، أنَّ القولَ قولُ رَبِّ الثَّوْبِ ؛ لما ذَكَرْنا فى دَلِيلِهم .

فصل : وكلُّ من اسْتُؤْجِرَ على عَمَلٍ فى عَيْنٍ ، فلا يَخْلُو ؛ إمَّا أن يُوقِعَهُ وهى فى يَدِ الأجِيرِ ، كالصَّبَّاغِ يَصْبُغُ فى حَانُوتِه ، والخَيَّاطِ فى دُكَّانِه ، فلا يَبْرَأُ من العَمَلِ حتى يُسَلِّمَها إلى المُسْتَأْجِرِ ، ولا يستَحِقُّ الأجْرَ حتى يُسَلِّمَه مَفْرُوغًا منه ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه فى مُدَّةٍ ، فلا يَبْرَأُ منه ما لم يُسَلِّمْه إلى العاقِدِ ، كالمَبِيعِ من الطَّعامِ ، لا يَبْرَأُ منه قبلَ تَسْلِيمِه إلى المُشْتَرِى . وأمَّا إن كان يُوقِعُ العَمَلَ فى مِلْكِ المُسْتَأْجِرِ ، مثل أن يُحْضِرَهُ المُسْتَأْجِرُ إلى دَارِه لِيَخِيطَ فيها ، أو يَصْبُغَ فيها ، فإنَّه يَبْرَأُ من العَمَلِ ، ويَسْتَحِقُّ أجْرَه بمُجَرَّدِ عَمَلِه ؛ لأنَّه فى يَدِ المُسْتَأْجِرِ ، فيَصِيرُ مُسَلِّمًا لِلعَمَلِ حالًا فحالًا . ولو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا يَبْنِى له حائِطًا فى دارِه ، أو يَحْفِرُ فيها بِئْرًا ، لَبَرِئَ من العَمَلِ / ، واسْتَحَقَّ أجْرَه بمُجَرَّدِ عَمَلِه . ولو كانت البِئْرُ فى الصَّحْراءِ ، أو الحائِطُ ، لم يَبْرَأْ بمُجَرَّدِ العَمَلِ . ولو انْهارَتْ

٥/١٢١ و

(٢٥) فى ب ، م : « يبتغى » .

عَقِيبَ الحَفْرِ ، أو الحائطُ بعدَ بنائِه وقبلَ تَسْلِيمِه ، لم يَبْرَأْ من العَمَلِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ ابنِ مَنصورٍ . فإنَّه إذا قال : اسْتَعْمِلْ أَلْفَ لَبِنَةٍ فى كذا وكذا . فعَمِلَ ، ثم سَقَطَ ، فله الكِرَاءُ . وأمَّا الأجيرُ الخاصُّ فيَسْتَحِقُّ أجْرَه بمُضِىِّ المُدَّةِ ، سواءٌ تَلِفَ ما عَمِلَه أو لم يَتْلَفْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إذا اسْتَأْجَرَه يَوْمًا ، فعَمِلَ ، وسَقَطَ عندَ اللَّيْلِ ما عَمِلَ ، فله الكِرَاءُ ؛ وذلك لأنَّه إنَّما يَلْزَمُه تَسْلِيمُ نَفْسِه ، وعَمَلِ ما يُسْتَعْمَلُ فيه ، وقد وُجِدَ ذلك منه ، بخِلَافِ الأجيرِ المُشْتَرَكِ . ولو اسْتَأْجَرَ أجيرًا لِيَبْنِىَ له حائطًا طُوله عَشَرَةُ أذْرُعٍ ، فبَنَى بعضَه ، فسَقَطَ ، لم يَسْتَحِقَّ شَيْئًا حتى يُتَمِّمَهُ ، سواءٌ كان فى مِلْكِ المُسْتَأْجِرِ أو فى غيرِه ؛ لأنَّ الاسْتِحْقاقَ مَشْرُوطٌ بإتْمامِه ، ولم يُوجَدْ . قال أحمدُ : إذا قيل له : ارْفَعْ حائطًا كذا وكذا ذِرَاعًا . فعليه أن يُوَفِّيَه ، فإن سَقَطَ ، فعليه التَّمامُ . وكذا لو اسْتَأْجَرَه لِيَحْفِرَ له بئْرًا عُمْقُها عَشَرَةُ أذْرُعٍ ، فحَفَرَ منها خَمْسةً ، وانْهارَ فيها تُرابٌ من جَوَانِبِها ، لم يَسْتَحِقَّ شيئا حتى يُتَمِّمَ حَفْرَهَا .

٩١٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ تَلِفَتْ مِنْ حِرْزٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَا أَجْرَ لَهُ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا**)

اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى الأجيرِ المُشْتَرَكِ إذا تَلِفَتِ العَيْنُ من حِرْزِه ، من غير تَعَدٍّ منه ولا تَفْرِيطٍ ، فرُوِىَ عنه : لا يَضْمَنُ . نَصَّ عليه ، فى رِوَايةِ ابنِ منصورٍ . وهو قولُ طاوُسٍ ، وعَطَاءٍ ، وأبى حنيفةَ ، وزُفَر ، وقولُ الشافِعِىِّ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، إن كان هَلَاكُه بما اسْتَطاعَ ، ضَمِنَه ، وإن كان غَرَقًا أو عَدُوًّا غالِبًا ، فلا ضَمَانَ . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى طالِبٍ : إذا جَنَتْ يَدُه ، أو ضاعَ من بين مَتَاعِه ، ضَمِنَه ، وإن كان عَدُوًّا أو غَرَقًا ، فلا ضَمَانَ . ونحوَ هذا قال أبو يوسفَ . والصَّحِيحُ فى المذهبِ الأوَّلُ . وهذه الرِّوَايةُ تَحْتَمِلُ أنَّه إنَّما أوْجَبَ عليه الضَّمانَ إذا تَلِفَ من بين مَتَاعِه خاصَّةً ؛ لأنَّه يُتَّهَمُ . ولهذا قال فى الوَدِيعَةِ ، فى رِوَايةٍ : إنَّها تُضْمَنُ إذا ذَهَبَتْ من بين مالِه ، فأمَّا غيرُ ذلك فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّ تخْصِيصَهُ[1] التَّضْمِينَ بما إذا تَلِفَ من بين مَتَاعِه ، يَدُلُّ على أنَّه

(١) فى م : « تخصيص » .

لا يَضْمَنُ إذا تَلِفَ مع مَتَاعِه ، ولأنَّه إذا لم يكُنْ منه تَفْرِيطٌ ولا عُدْوانٌ ، فلا يَجبُ عليه الضَّمانُ ، كما لو تَلِفَتْ بأمْرٍ غالِبٍ . وقال مالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى : يَضْمَنُ بكلِّ حالٍ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « / عَلَى اليَدِ ما أخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ »[2] . ولأنَّه قَبَضَ العَيْنَ لِمَنْفَعةِ نَفْسِه من غيرِ اسْتِحْقاقٍ ، فلَزِمَهُ ضَمَانُهـا ، كالمُسْتَعِيرِ . ولَنا ، أنَّها عَيْنٌ مَقْبُوضةٌ بعَقْدِ الإِجارةِ ، لم يُتْلِفْها بفِعْلِه ، فلم يَضْمَنْها ، كالعَيْنِ المُسْتَأْجرةِ ، ولأنَّه قَبَضَها بإذْنِ مالِكِها لِنَفْعٍ يَعُودُ إليهما ، فلم يَضْمَنْها ، كالمُضَارِبِ والشَّرِيكِ والمُسْتَأْجِرِ ، وكما لو تَلِفَتْ بأمْرٍ غالِبٍ . ويُخَالِفُ العارِيَّةَ ، فإنَّه يَنْفَرِدُ بنَفْعِها . والخَبَرُ مَخْصُوصٌ بما ذَكَرْنا من الأُصُولِ ، فيَخُصُّ مَحلَّ النِّزاعِ بالقِيَاسِ عليها . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا أجْرَ له فيما عَمِلَ فيها ؛ لأنَّه لم يُسَلِّمْ عَمَلَه إلى المُسْتَأْجِرِ ، فلم يَسْتَحِقَّ عِوَضَه ، كالمَبِيعِ من الطَّعَامِ إذا تَلِفَ فى يَدِ البائِع قبلَ تَسْلِيمِه .

فصل[3] : وإذا حَبَسَ الصانِعُ الثَّوْبَ بعدَ عَمَلِه ، على اسْتِيفاءِ الأَجْرِ ، فتَلِفَ ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه لم يَرْهَنْه عندَه ، ولا أذِنَ له فى إمْساكِه ، فلَزِمَهُ الضَّمانُ ، كالغاصِبِ .

فصل : إذا أخْطأَ القَصَّارُ ، فدَفَعَ الثَّوْبَ إلى غيرِ مالِكِه ، فعليه ضَمَانُه ؛ لأنَّه فَوَّتَه على مالِكِه . قال أحمدُ : يَغْرَمُ القَصَّارُ ، ولا يسَعُ المَدْفُوعَ إليه لُبْسُه إذا عَلِمَ أنَّه ليس ثَوْبَه ، وعليه رَدُّه إلى القَصَّارِ ، ويُطَالِبُه بثَوْبِه . فإن لم يَعْلَمِ القابِضُ حتى قَطَعَه ولَبِسَه ، ثم عَلِمَ ، رَدَّهُ مَقْطُوعًا ، وضَمِنَ أرْشَ القَطْعِ ، وله مُطَالَبَتُه بثَوْبِه إن كان مَوْجُودًا . وإن هَلَكَ عندَ القَصَّارِ ، فهل يَضْمَنُه ؟ فيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، يَضْمَنُه ؛ لأنَّه أمْسَكَه بغيرِ إذْنِ صَاحِبِه بعدَ طَلَبِه ، فضَمِنَه ، كما لو عَلِمَ . والثانية ، لا يَضْمَنُه ؛ لأنَّه لم يُمْكِنْه رَدُّه ، فأشْبَهَ ما لو عَجزَ عن دَفْعِه لِمَرَضٍ .

فصل : والعَيْنُ المُسْتَأْجَرَةُ أمانةٌ فى يَدِ المُسْتَأْجِرِ ، إن تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، لم يَضْمَنْها . قال الأثْرَمُ : سَمِعْتُ أبا عبدِ الله يُسْأَلُ عن الذين يُكْرُونَ المَظَلَّ[4] أو

---

(٢) تقدم تخريجه فى : ٣٤٢/٧ .

(٣) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٤) فى الأصل : « الظل » .

الخَيْمةَ إلى مَكَّةَ ، فيَذْهَبُ من المُكْتَرِى بسَرَقٍ أو بِذهَابٍ ، هل يَضْمَنُ ؟ قال : أرْجُو أن لا يَضْمَنَ ، وكيف يَضْمَنُ ؟ إذا ذَهَبَ لا يَضْمَنُ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا ؛ وذلك لأنَّه قَبَضَ العَيْنَ لاسْتِيفاءِ مَنْفَعةٍ يَسْتَحِقُّها منها ، فكانت أمانةً ، كما لو قَبَضَ العَبْدَ المُوصَى له بخِدْمَتِه سنةً ، أو قَبَضَ الزَّوْجُ امْرَأتَه الأمَةَ . ويُخَالِفُ العارِيَّةَ ؛ فإنَّه لا يَسْتَحِقُّ مَنْفَعَتَها ، وإذا انْقَضَتِ المُدَّةُ ، فعليه رَفْعُ يَدِه ، وليس عليه الرَّدُّ . أوْمَأَ إليه ، فى رِوَايةِ ابنِ منصورٍ ، فقيل له : إذا اكْتَرَى دَابَّةً ، أو اسْتَعارَ ، أو اسْتُودِعَ ، فليس عليه أن يَحْمِلَه ؟ فقال أحمدُ : مَن اسْتَعارَ شيئا ، فعليه رَدُّه من حيثُ أخَذَه . فأوْجَبَ الرَّدَّ فى العارِيَّةِ / ، ولم يُوجِبْه فى الإِجَارَةِ والوَدِيعَةِ . ووَجْهُه أنَّه عَقْدٌ لا يَقْتَضِى الضَّمانَ[5] ، فلا يَقْتَضِى رَدَّه ومُؤْنَتَه ، كالوَدِيعةِ . وفارَقَ العارِيّةَ ؛ فإنَّ ضَمَانَها يَجِبُ ، فكذلك رَدُّها . وعلى هذا متى انْقَضَتِ المُدَّةُ كانت العَيْنُ فى يَدِه أمانةً ، كالوَدِيعةِ ، إن تَلِفَتْ من غيرِ تفرِيطٍ ، فلا ضَمَانَ عليه ، وهذا قولُ بعضِ الشافِعِيّةِ . وقال بعضُهم : يَضْمَنُ ؛ لأنَّه بعدَ انْقِضاءِ الإِجَارَةِ غيرُ مَأْذُونٍ له فى إمْسَاكِها ، أشْبَه العارِيَّةَ المُؤَقَّتةَ بعد وَقْتِها . ولَنا ، أنَّها أمانةٌ أشْبَهَتِ الوَدِيعةَ ، ولأنَّه لو وَجَبَ ضَمَانُها لَوَجَبَ رَدُّها . وأمَّا العارِيَّةُ فإنَّها مَضْمُونةٌ فى كلِّ حالٍ ، بخِلَافِ مَسْألَتِنا ، ولأنَّه يَجِبُ رَدُّها . وعلى كلِّ حالٍ ، متى طَلَبَها صاحِبُها وَجَبَ تَسْلِيمُها إليه ، فإن امْتَنَعَ من رَدِّها لغيرِ عُذْرٍ ، صارَتْ مَضْمُونةً ، كالمَغْصُوبةِ .

٥/١٢٢ و

فصل : فإن شَرَطَ المُؤْجِرُ على المُسْتَأْجِرِ ضَمَانَ العَيْنِ ، فالشَّرْطُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ . وهل تَفْسُدُ الإِجَارَةُ به ؟ فيه وَجْهانِ ، بِنَاءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . وقال أحمدُ ، فيما إذا شَرَطَ ضَمَانَ العَيْنِ : الكِرَاءُ والضَّمانُ مَكْرُوهٌ . ورَوَى الأثْرَمُ ، بإسْنادِه ، عن ابنِ عمرَ ، قال : لا يَصْلُحُ الكِرَاءُ بالضَّمانِ . وعن فُقَهاءِ المَدِينةِ أنَّهم كانوا يقولون : لا نَكْتَرِى بِضَمانٍ ، إلَّا أنَّه من شَرَطَ على كَرِىٍّ أنَّه لا يُنْزِلُ مَتَاعه

---

(٥) فى الأصل : « العمل » .

بَطْنَ وادٍ ، أو لا يَسِيرُ به لَيْلًا ، مع أشْباهِ هذه الشُّروطِ ، فتَعَدَّى ذلك ، فتَلِفَ شيءٌ ممَّا حَمَلَ فى ذلك التَّعَدِّى ، فهو ضامِنٌ ، فأمَّا غيرُ ذلك ، فلا يَصِحُّ شَرْطُ الضَّمانِ فيه ، وإن شَرَطَه لم يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لأنَّ ما لا يَجِبُ ضَمَانُه لا يُصَيِّرُه الشَّرْطُ[6] مَضْمُونًا ، وما يَجِبُ ضَمَانُه لا يَنْتَفِى ضَمَانُه بشَرْطِ نَفْيِه . وعن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن ذلك ، فقال : المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِم . وهذا يَدلُّ على نَفْيِ الضَّمانِ بشَرْطِه ، ووُجُوبِه بشَرْطِه[7] ؛ لقَوْلِه ﷺ : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِم »[8] . فأمَّا إن أكْرَاهُ عَيْنًا ، وشَرَطَ عليه أن لا يَسِيرَ بها فى اللَّيْلِ ، أو وَقْتَ القائِلَةِ ، أو لا يَتأَخَّرَ بها عن القافِلَةِ . أو لا يَجْعَلَ سَيْرَه فى آخِرِها ، أو لا يَسْلُكَ بها الطَّرِيقَ الفُلانِيَّةَ ، وأشْباه هذا ممَّا له فيه غَرَضٌ مُخَالِفٌ ، ضَمِنَ ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ لِشَرْطِ كَرْيِه ، فضَمِنَ ما تَلِفَ به ، كما لو شَرَطَ عليه أن لا يَحْمِلَ عليها إلَّا قَفِيزًا ، فحَمَلَ اثْنَيْنِ .

فصل : وإن كانت الإِجارةُ فاسِدَةً ، لم يَضْمَنِ العَيْنَ أيضا إذا تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ولا تَعَدٍّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ لا يَقْتَضِى الضَّمانَ صَحِيحُه ، فلا يَقْتَضِيه / فاسِدُه ، كالوَكَالَةِ والمُضَارَبةِ . وحُكْمُ كلِّ عَقْدٍ فاسِدٍ فى وُجُوبِ الضَّمَانِ ، حُكْمُ صَحِيحِه ، فما وَجَبَ الضَّمانُ فى صَحِيحِه وَجَبَ فى فاسِدِه ، وما لم يَجِبْ فى صَحِيحِه لم يَجِبْ فى فاسِدِه . ٥/١٢٢ ظ

فصل : ولِلْمُسْتَأْجِرِ ضَرْبُ الدَّابَّةِ بقَدْرِ ما جَرَتْ به العادَةُ ، ويَكْبَحُها باللِّجامِ لِلاسْتِصْلاحِ ، ويَحُثُّها على السَّيْرِ[9] لِيَلْحَقَ القافِلَةَ ، وقد صَحَّ أن النبىَّ ﷺ نَخَسَ

---

(٦) فى الأصل : « بالشرط » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) تقدم تخريجه فى ٦/ ٣٠ .

ويضاف إليه : وأخرجه الحاكم ، فى باب : المسلمون على شروطهم والصلح جائز ، من كتاب البيوع . المستدرك ٢/ ٤٩ ، ٥٠ . والترمذى ، فى باب : ما ذكر عن الرسول فى الصلح بين الناس ، من كتاب الأحكام . تحفة الأحوذى ٦/ ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٩) فى الأصل : « المسير » .

بَعِيرَ جابِرٍ ، وضَرَبَهُ[١٠] . وكان أبو بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، يَخْرِشُ بَعِيرَه بِمِحْجَنِه . ولِلرَّائِضِ ضَرْبُ الدَّابَّةِ لِلتَّأْدِيبِ ، وتَرْتِيبِ المَشْيِ ، والعَدْوِ ، والسَّيْرِ . ولِلْمُعَلِّمِ ضَرْبُ الصِّبْيانِ لِلتَّأْدِيبِ . قال الأَثْرَمُ : سُئِلَ أحمدُ ، عن ضَرْبِ المُعَلِّمِ الصِّبْيانَ . قال : على قَدْرِ ذُنُوبِهِم ، ويَتَوَقَّى بِجُهْدِه الضَّرْبَ ، وإذا كان صَغِيرًا لا يَعْقِلُ فلا يَضْرِبْه . ومن ضَرَبَ من[١١] هؤلاءِ كُلِّهم[١٢] الضَّرْبَ المَأْذُونَ فيه ، لم يَضْمَنْ ما تَلِفَ . وبهذا فى الدَّابَّةِ ، قال مالِكٌ والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ : يَضْمَنُ ؛ لأنَّه تَلِفَ بجِنَايَتِه ، فضَمِنَه ، كغيرِ المُسْتَأْجِرِ ، وكذلك قال الشافِعِىُّ فى المُعَلِّمِ يَضْرِبُ الصَّبِىَّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُه تَأْدِيبُه بغيرِ الضَّرْبِ . ولَنا ، أنه تَلِفَ من فِعْلٍ مُسْتَحَقٍّ ، فلم يَضْمَنْ ، كما لو تَلِفَ تحت الحِمْلِ ، ولأنَّ الضَّرْبَ مَعْنًى تَضَمَّنَهُ عَقْدُ الإجَارةِ ، فإذا تَلِفَ منه لم يَضْمَنْ ، كالرُّكُوبِ . وفارَقَ غيرَ المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ . وقول الشافِعِىِّ : يُمْكِنُ التَّأْدِيبُ بغيرِ الضَّرْبِ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ العادَةَ خِلَافُه ، ولو أمْكَنَ التَّأْدِيبُ بدونِ الضَّرْبِ ، لَما جازَ الضَّرْبُ ، إذ فيه ضَرَرٌ وإيلَامٌ مُسْتَغْنًى عنه . وإن أسْرَفَ فى هذا كلِّه ، أو زادَ على ما يَحْصُلُ الغِنَى[١٣] به ، أو ضَرَبَ مَنْ لا عَقْلَ له من الصِّبْيانِ ، فعليه الضَّمانُ ؛ لأنَّه مُتَعَدٍّ حَصَلَ التَّلَفُ بِعُدْوانِه .

---

(١٠) أخرجه البخارى ، فى : باب الثيبات . وباب تستحد المغيبة وتمتشط ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٦/٧ ، ٥١ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وباب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٠٨٩/٢ ، ١٢٢١/٣ ، ١٢٢٢ ، ١٢٢٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٢/٣ ، ٣٧٣ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) فى الأصل : « المعنى » .

٩١١ – مسألة ؛ قال : (وَلَا ضَمَانَ عَلَى حَجَّامٍ ، وَلَا خَتَّانٍ ، وَلَا مُتَطَبِّبٍ ، إذَا عُرِفَ مِنْهُمْ حِذْقُ الصَّنْعَةِ ، وَلَمْ تَجْنِ أَيْدِيهِمْ)

وجملتُه أنَّ هؤلاءِ إذا فَعَلُوا ما أُمِرُوا به ، لم يَضْمَنُوا بِشَرْطَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يكونوا ذَوِى حِذْقٍ فى صِناعَتِهِم ، ولهم بها بَصَارَةٌ ومَعْرِفَةٌ ؛ لأنَّه إذا لم يكُنْ كذلك لم يَحِلَّ له مُبَاشَرَةُ القَطْعِ ، وإذا قطَعَ مع هذا كان فِعْلًا مُحَرَّمًا ، فيَضْمَنُ سِرَايَتَه ، كالقَطْعِ ابْتِداءً . الثانى ، أن لا تَجْنِىَ أَيْدِيهُم ، فيَتَجاوَزُوا ما يَنْبَغِى أن يُقْطَعَ . فإذا وُجِدَ هذان الشَّرْطانِ ، لم يَضْمَنُوا ؛ لأنَّهم قَطَعُوا قَطْعًا مَأْذُونًا فيه ، فلم يَضْمَنُوا سِرَايَتَه ، كقَطْعِ الإِمَامِ يَدَ السَّارِقِ ، أو فَعَلَ فِعْلًا مُباحًا مَأْذُونًا فى فِعْلِه ، أشْبَهَ ما ذَكَرْنا . فأمَّا إن كان حاذِقًا وَجَنَتْ يَدُه ، مثل أن تَجاوَزَ قَطْعَ الخِتَانِ إلى الحَشَفَةِ ، أو إلى بعضِها ، أو / قَطَعَ فى غيرِ مَحلِّ القَطْعِ ، أو يَقْطَعُ [(1)] الطَّبِيبُ سَلْعَةً [(1)] من إنسانٍ ، فيَتَجاوَزُها ، أو يَقْطَعُ بآلَةٍ كَالَّةٍ يَكْثُرُ أَلَمُها ، أو فى وَقْتٍ لا يَصْلُحُ القَطْعُ فيه ، وأشْباه هذا ، ضَمِنَ فيه كلِّه ؛ لأنَّه إتْلافٌ لا يَخْتَلِفُ ضَمَانُه بالعَمْدِ والخَطَأِ ، فأشْبَه إتْلافَ المالِ ، ولأنَّ هذا فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، فيَضْمَنُ سِرَايَتَه ، كالقَطْعِ ابْتِداءً . وكذلك الحُكْمُ فى النَّزَّاعِ [(2)] والقاطِعِ فى القِصَاصِ ، وقاطِعِ يَدِ السَّارِقِ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْى ، ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا .

١٢٣/٥ و

فصل : وإن خَتَنَ صَبِيًّا بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه ، أو قَطَعَ سَلْعَةً من إنْسانٍ بغيرِ إذْنِه ، أو من صَبِىٍّ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّه ، فَسَرَتْ جِنَايَتُه ، ضَمِنَ ؛ لأنَّه قَطْعٌ غيرُ مَأْذُونٍ فيه ، وإن فَعَلَ ذلك الحاكِمُ ، أو من له وِلَايةٌ عليه ، أو فَعَلَه مَن أذِنَا له ، لم يَضْمَنْ ؛ لأنَّه مَأْذُونٌ فيه شَرْعًا .

فصل : ويجوزُ الاسْتِئْجارُ على الخِتَانِ ، والمُدَاوَاةِ ، وقَطْعِ السَّلْعَةِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ ولأنَّه فِعْلٌ يُحْتاجُ إليه ، مَأْذُونٌ فيه شَرْعًا ، فجازَ الاسْتِئْجارُ عليه ، كسائِرِ الأَفْعالِ المُبَاحةِ .

(١ – ١) فى م : « السلعة » . والسلعة هنا : كالغُدَّةِ فِى الجسد أو خُراجٌ فى العنق ، وتكون من حِمِّصةٍ إلى بطيخة . القاموس (سلع) .

(٢) النزاع : البيطار .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ حَجَّامًا لِيَحْجُمَهُ ، وأجْرُه مُباحٌ . وهذا اخْتِيارُ أبى الخَطَّابِ . وهذا قولُ ابن عَبَّاسٍ ، قال : أنا آكُله[3] . وبه قال عِكْرِمَةُ ، والقاسِمُ ، وأبو جعفرٍ ، ومحمدُ بن عليٍّ بن الحُسَيْنِ ، ورَبِيعَةُ ، ويحيى الأنْصَارِىُّ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرأى . وقال القاضى : لا يُبَاحُ أجْرُ الحَجَّامِ . وذَكَرَ أنَّ أحمدَ نَصَّ عليه فى مواضِعَ ، وقال : وإن[4] أُعْطِىَ شيئًا من غير عَقْدٍ ولا شَرْطٍ ، فله أخْذُه ، ويَصْرِفُه فى عَلْفِ دَوابِّه ، وطُعْمَةِ عَبيدِهِ ، ومُؤْنةِ صِنَاعَتِه ، ولا يَحِلُّ له أكْلُه . وممَّن كَرِهَ كَسْبَ الحَجّامِ عثمانُ ، وأبو هُرَيْرةَ ، والحَسَنُ ، والنَّخَعِىُّ . وذلك لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « كَسْبُ الحَجَّامِ خَبِيثٌ » . [5]رَوَاهُ مُسْلِمٌ[5] . وقال : « أطْعِمْه نَاضِحَكَ ورَقِيقَكَ »[6] . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، قال : احْتَجَمَ النبىُّ ﷺ ، وأعْطَى الحَجَّامَ أجْرَهُ ، ولو عَلِمَهُ حَرَامًا لم يُعْطِه . مُتَّفَقٌ عليه[7] . وفى لَفْظٍ : لو عَلِمَه

---

(3) فى الأصل : « أكلته » .

(4) سقط من : م . وفى ب : « فإن » .

(5 - 5) فى الأصل : « متفق عليه » .

وأخرجه مسلم فى : باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ... ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١١٩٩/٣

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٣٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثمن الكلب ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٦/٥ . والدارمى ، فى : باب النهى عن كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٧٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٦٤/٣ ، ٤٦٥ ، ١٤/٤ ، ١٤١ .

(6) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٣٨/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كسب الحجام ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٢٧٨/٥ . وابن ماجه ، فى : باب كسب الحجام ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٣٢/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الحجامة وأجرة الحجام ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٧٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨١/٣ ، ١٤١/٤ ، ٤٣٥/٥ ، ٤٣٦ .

(7) أخرجه البخارى ، فى : باب خراج الحجام ، من كتاب الإجارة . صحيح البخارى ١٢٢/٣ . ومسلم ، فى : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ١٢٠٥/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٣٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٦/١ ، ٣٢٤ ، ٣٣٣ ، ٣٥١ ، ٣٦٥ .

خَبِيثًا لم يُعْطِه . ولأنَّها مَنْفَعةٌ مُباحَةٌ ، لا يَخْتَصُّ فاعِلُها أن يكونَ من أهْلِ القُرْبَةِ ، فجازَ الاسْتِئْجارُ عليها ، كالبِنَاءِ والخِيَاطَةِ ، ولأنَّ بالناسِ حاجَةً إليها ، ولا نَجِدُ كُلَّ أحدٍ مُتَبَرِّعًا بها ، فجازَ الاسْتِئْجارُ عليها ، كالرَّضَاعِ . وقولُ النبيِّ ﷺ فى كَسْبِ الحَجّامِ : « أطْعِمْهُ رَقِيقَكَ » . دَلِيلٌ[8] على إبَاحَةِ كَسْبِه ، إذْ غيرُ جائزٍ أن يُطْعِمَ رَقِيقَه ما يَحْرُمُ أكْلُه ، فإنَّ الرَّقِيقَ آدَمِيُّونَ ، يحرمُ عليهم أكلُ[9] ما حَرَّمَهُ اللهُ تعالى ، كما يحرمُ على الأحْرارِ ، وتَخْصِيصُ ذلك بما / أُعْطِيَه من غير اسْتِئْجارٍ تَحَكُّم لا دَلِيلَ عليه ، [10]وتَسْمِيَتُه كَسْبًا[10] خَبِيثًا لا يَلْزَمُ منه التَّحْرِيمُ ، فقد سَمَّى النبيُّ ﷺ الثُّومَ والبَصَلَ خَبِيثَيْنِ[11] ، مع إبَاحَتِهِما . وإنَّما كَرِهَ النبيُّ ﷺ ذلك لِلْحُرِّ تَنْزِيهًا له[9] ؛ لِدَنَاءةِ هذه الصِّناعةِ . وليس عن أحمدَ نَصٌّ فى تَحْرِيمِ كَسْبِ الحَجّامِ ، ولا الاسْتِئْجارِ عليها ، وإنَّما قال : نحن نُعْطِيه كما أعْطَى النبيُّ ﷺ ، ونقولُ له كما قال النبيُّ ﷺ ، لمَّا سُئِلَ عن أكْلِه نَهَاهُ ، وقال : « اعْلِفْهُ الناضِحَ والرَّقِيقَ » . وهذا مَعْنَى كَلَامِه فى جَمِيعِ الرِّواياتِ ، وليس هذا صَرِيحًا فى تَحْرِيمِه ، بل فيه دَلِيلٌ على إبَاحَتِه ، كما فى قولِ النبيِّ ﷺ وفِعْلِه ، على ما بَيَّنَّا ، وأنَّ إعْطاءَه لِلحَجّامِ دَلِيلٌ على إبَاحَتِه ، إذْ لا يُعْطِيه ما يَحْرُمُ عليه ، وهو عليه السلامُ يُعَلِّمُ الناسَ ويَنْهاهُم عن المُحَرَّماتِ ، فكيف يُعْطِيهم إيَّاها ، ويُمَكِّنُهم منها ، وأمْرُه بإطْعامِ الرَّقِيقِ منها دَلِيلٌ على الإباحةِ ، فيَتَعَيَّنُ حَمْلُ نَهْيِه عن أكْلِها على الكَرَاهةِ دُونَ التَّحْرِيمِ . وكذلك قولُ الإمامِ أحمدَ ، فإنَّه لم يَخْرُجْ عن قولِ النبيِّ ﷺ وفِعْلِه ، وإنَّما قَصَدَ اتِّبَاعَه ﷺ ، وكذلك سائِرُ من كَرِهَه من الأئِمَّةِ ،

١٢٣/٥ ظ

---

(٨) فى الأصل : « دل » .

(٩) سقط من : م .

(١٠ – ١٠) فى الأصل : « وتسمية كسبه » .

(١١) أخرجه مسلم ، فى : باب نهى من أكل ثوما أو بصلا ... ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ٣٩٦/١ . وأبو داود ، فى : باب فى أكل الثوم ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٣٢٥/٢ . والنسائى ، فى : باب من يخرج من المسجد ، من كتاب المساجد . المجتبى ٣٤/٢ ، ٣٥ . وابن ماجه ، فى : باب من أكل الثوم فلا يقربن المسجد ، من كتاب الإقامة . سنن ابن ماجه ٣٢٤/١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٥/١ ، ٢٨ ، ١٩/٤ .

يَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِهِم على هذا ، ولا يكونُ فى المَسْأَلِةِ قائلٌ بالتَّحْرِيمِ . وإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يُكْرَهُ لِلْحُرِّ أَكْلُ كَسْبِ الحَجَّامِ ، ويُكْرَهُ تَعَلُّمُ صِنَاعةِ الحِجَامةِ ، وإجَارَةُ نَفْسِه لها ؛ لما فيها من الأخْبارِ ، ولأنَّ فيها دَنَاءَةً ، فكُرِهَ[12] الدُّخُولُ فيها ، كالكَسْحِ . وعلى هذا يُحْمَلُ قولُ الأئِمَّةِ الذين ذَكَرْنا عنهم كَرَاهَتَها ، جَمْعًا بين الأخْبارِ الوارِدَةِ فيها ، وتَوْفِيقًا بين الأدِلَّةِ الدَّالَّةِ عليها . واللهُ أعلمُ .

فصل : فأمَّا اسْتِئْجارُ الحَجَّامِ لغيرِ الحِجَامةِ ، كالفَصْدِ ، وحَلْقِ الشَّعْرِ ، وتَقْصِيرِه ، والخِتَانِ ، وقَطْعِ شَىْءٍ من الجَسَدِ للحاجةِ إليه ، فجائِزٌ ؛ لأنَّ قولَ النبىِّ ﷺ : « كَسْبُ الحَجَّامِ خَبِيثٌ » . يَعْنِى بالحِجَامةِ ، كما نَهَى عن مَهْرِ البَغِىِّ ، أى فى البِغَاءِ . وكذلك لو كَسَبَ بصِنَاعةٍ أخرى ، لم يكُنْ خَبِيثًا بغيرِ خِلَافٍ . وهذا النَّهْىُ مُخالِفٌ لِلْقِياسِ ، فيَخْتَصُّ[13] بالمَحلِّ الذى وَرَدَ فيه ، ولأنَّ هذه الأُمورَ تَدْعُو الحاجَةُ إليها ، ولا تَحْرِيمَ فيها ، فجازَتِ الإِجَارَةُ فيها[14] ، وأخْذُ الأجْرِ عليها ، كسائِرِ المنافِعِ المُباحةِ .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ كَحّالًا لِيَكْحَلَ عَيْنَه ؛ لأنَّه عَمَلٌ جائِزٌ ، ويُمْكِنُ تَسْلِيمُه ، ويَحْتاجُ أن يُقَدِّرَ ذلك بالمُدَّةِ ؛ لأنَّ العَمَلَ غيرُ مَضْبُوطٍ ، فيُقَدَّرُ به ، ويَحْتاجُ إلى بَيَانِ قَدْرِ ما يَكْحَلُه مَرَّةً فى كلِّ يومٍ أو مَرَّتَيْنِ . فأمَّا / إن قَدَّرَها بالبُرْءِ ، فقال القاضى : لا يجوزُ ؛ لأنَّه غيرُ مَعْلُومٍ . وقال ابنُ أبى موسى : لا بَأْسَ بمُشَارَطَةِ الطَّبِيبِ على البُرْءِ ؛ لأنَّ أبا سَعِيد حين رَقَى الرَّجُلَ ، شَارَطَه على البُرْءِ[15] . والصَّحِيحُ إن شاءَ اللهُ أنَّ هذا يجوزُ ، لكنْ يكونُ جَعَالَةً لا إجَارَةً ، فإنَّ الإجَارَةَ لا بُدَّ فيها من مُدَّةٍ ، أو عَمَلٍ مَعْلُومٍ ، فأمَّا الجَعَالَةُ ، فتجوزُ على عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، كَرَدِّ اللُّقَطَةِ والآبِقِ ، وحَدِيثُ

١٢٤/٥ و

---

(١٢) فى الأصل : « يكره » .

(١٣) فى ب ، م : « مختص » .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) يأتى الحديث بتمامه وتخريجه فى المسألة التالية فى صفحة ١٣٧ .

أبى سَعِيدٍ فى الرُّقْيَةِ إنَّما كان جَعَالةً ، فيجوزُ هـٰهُنا مثلُه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الكُحْلَ إن كان من العَلِيلِ جازَ ؛ لأنَّ آلاتِ العَمَلِ تكونُ من المُسْتَأْجِرِ ، كاللَّبِنِ فى البِنَاءِ والطِّينِ والآجُرِّ ونحوِها . وإن شَارَطَه[16] على الكُحْلِ[17] ، جازَ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ ؛ لأنَّ الأعْيانَ لا تُمْلَكُ بعَقْدِ الإجَارَةِ ، فلا يَصِحُّ اشْتِراطُه على العامِلِ ، كلَبِنِ الحائطِ . ولَنا ، أنَّ العادَةَ جارِيةٌ به[18] ، ويَشُقُّ على العَلِيلِ تَحْصِيلُه ، وقد يَعْجِزُ عنه بالكُلِّيةِ ، فجازَ ذلك ، كالصِّبْغِ من الصَّبَّاغِ ، واللَّبَنِ فى الرَّضَاعِ ، والحِبْرِ والأقْلامِ من الوَرَّاقِ . وما ذَكَرُوه يَنْتَقِضُ[19] بهذه الأُصُولِ . وفارَقَ لَبِنَ الحائِطِ ؛ لأنَّ العادَةَ تَحْصِيلُ المُسْتَأْجِرِ له ، ولا يَشُقُّ ذلك ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . وقال أصحابُ مالِكٍ : يجوزُ أن يَسْتَأْجِرَه لِيَبْنِىَ له حائطًا والآجُرُّ من عندِه ؛ لأنَّه اشْتَرَطَ ما تَتِمُّ به الصَّنْعةُ التى عَقَدَ عليها ، فإذا كان مُباحًا[20] مَعْرُوفًا ، جازَ ، كما لو اسْتَأْجَرَه لِيَصْبُغَ ثَوْبًا ، والصِّبْغُ من عندِه . ولَنا ، أن عَقْدَ الإجارَةِ عَقْدٌ على المَنْفَعةِ ، فإذا شَرَطَ فيه بَيْعَ العَيْنِ ، صارَ كبَيْعَتَيْنِ فى بَيْعةٍ . ويُفارِقُ الصِّبْغَ ، وما ذَكَرْنا من الصُّورَةِ التى جازَ فيها ذلك ، من حيثُ إنَّ الحاجةَ داعِيةٌ إليه ؛ لأنَّ تَحْصِيلَ الصِّبْغِ يَشُقُّ على صاحِبِ الثَّوْبِ ، وقد يكونُ الصِّبْغُ لا يَحْصُلُ إلَّا فى حيث يَحْتاجُ إلى مُؤْنةٍ كَثِيرَةٍ ، لا يَحْتَاجُ إليها فى صَبْغِ هذا[20] الثَّوْبِ ، فجازَ[20] لِمَسِيسِ الحاجةِ إليه ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا .

فصل : وإذا اسْتَأْجَرَه مُدَّةً ، فكَحَلَهُ فيها ، فلم تَبْرَأْ عَيْنُه ، اسْتَحَقَّ الأجْرَ . وبه قال الجماعةُ . وحُكِىَ عن مالكٍ ، أنَّه لا يَسْتَحِقُّ أجْرًا حتى تَبْرَأَ عَيْنُه ، ولم يَحْكِ ذلك أصْحابُه ، وهو فاسِدٌ ؛ لأنَّ المُسْتَأْجِرَ قد وَفَّى العَمَلَ الذى وَقَعَ العَقْدُ عليه ، فوَجَبَ

---

(16) فى الأصل : « شرطه » .

(17) فى الأصل : « الكحال » .

(18) سقط من : م .

(19) فى ب زيادة : « بمقتضى » .

(20) سقط من : ب .

له الأجْرُ ، وإن لم يَحْصُل الغَرَضُ ، كما لو اسْتَأْجَرَه لِبِنَاءِ حائطٍ يومًا ، أو لخِيَاطةِ قَمِيصٍ ، فلم يُتِمَّهُ فيه . وإن بَرِئَتْ عَيْنُه فى أثناء المدَّةِ ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ فيما بَقِىَ من المُدَّةِ ؛ لأنَّه قد تَعَذَّرَ العَمَلُ ، فأشْبَهَ مالو حَجَزَ عنه/أمْرٌ غالِبٌ ، وكذلك لو ماتَ . ١٢٤/٥ ظ
فإن امْتَنَعَ من الاكْتِحالِ مع بَقَاءِ المَرَضِ ، اسْتَحَقَّ الكَحَّالُ الأجْرَ بمُضِيِّ المدَّةِ ، كما لو اسْتَأْجَرَه يومًا لِلْبِنَاءِ فلم يَسْتَعْمِلْهُ فيه . فأمَّا إن شَارَطَه على البُرْءِ ، فإنَّه يكونُ جَعَالَةً[٢١] ، فلا يَسْتَحِقُّ شيئًا حتى يُوجَدَ البُرْءُ ، سواءٌ وُجِدَ قَرِيبًا أو بَعِيدًا ، فإن بَرِئَ بغير كَحْلِه ، أو تَعَذَّرَ[٢٢] الكَحْلُ لمَوْتِه ، أو غيرِ ذلك من المَوانِعِ التى من جِهَةِ المُسْتَأْجِرِ ، فله أجْرُ مِثْلِه ، كما لو عَمِلَ العامِلُ فى الجَعَالَةِ ، ثم فَسَخَ العَقْدَ . وإن امْتَنَعَ لأمْرٍ من جِهَةِ الكَحَّالِ ، أو غيرِ الجاعِلِ ، فلا شىءَ له . وإن فَسَخَ الجاعِلُ الجَعَالَةَ بعدَ عَمَلِ الكَحَّالِ ، فعليه أجْرُ عَمَلِه ، فإن فَسَخَ الكَحَّالُ ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّها جَعَالَةٌ ، فثَبَتَ[٢٣] فيها ما ذَكَرْناه .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ طَبِيبًا لِيُدَاوِيَهُ . والكلامُ فيه كالكَلَامِ فى الكَحَّالِ ، سواءً ، إلَّا أنَّه لا يجوزُ اشْتِرَاطُ الدَّوَاءِ على الطَّبِيبِ ؛ لأنَّ ذلك إنَّما جازَ فى الكَحَّالِ على خِلَافِ الأصْلِ ، للحاجةِ إليه ، وجَرْىِ العادَةِ به ، فلم يُوجَدْ ذلك المَعْنَى هٰهُنا ، فثَبَتَ[٢٣] الحُكْمُ فيه على وَفْقِ الأصْلِ . واللهُ أعلمُ .

فصل : ويجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ مَن يَقْلَعُ ضِرْسَه ؛ لأنَّها مَنْفَعةٌ مُباحَةٌ مَقْصُودةٌ ، فجازَ الاسْتِئْجارُ على فِعْلِها ، كالخِتَانِ . فإن أخْطأَ فَقَلَعَ غيرَ ما أُمِرَ بقَلْعِه ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه من جِنَايَتِه . وإن بَرَأَ الضِّرْسُ قبلَ قَلْعِه ، انْفَسَخَتِ الإجارَةُ ؛ لأنَّ قَلْعَه لا يجوزُ . وإن لم يَبْرَأْ ، لكن امْتَنَعَ المُسْتَأْجِرُ من قَلْعِه ، لم يُجْبَرْ عليه ؛ لأنَّ إتْلَافَ جُزْءٍ من الآدَمِىِّ مُحَرَّمٌ فى الأصْلِ ، وإنَّما أُبِيحَ إذا صارَ بَقَاؤُه ضَرَرًا ، وذلك مُفَوَّضٌ إلى كلِّ إنْسانٍ فى نَفْسِه ،

---

(٢١) فى الأصل : « حقا له » .

(٢٢) فى الأصل : « امتنع » .

(٢٣) فى الأصل : « فيثبت » .

إذا كان أهْلًا لذلك ، وصاحِبُ الضِّـرْسِ أعْلَمُ بمَضَرَّته ، ومَنْفَعتِه[24] ، وقَدْرِ أَلَمِه[25] .

فصل : ومن اسْتُؤْجرَ على عَمَلٍ مَوْصُوفٍ فى الذِّمّةِ ، كخِيَاطةٍ ، أو بِناءٍ ، أو قَلْعِ ضِرْسٍ ، فبَذَلَ الأجيرُ نَفْسَه لِلعَمَلِ ، فلم يُمَكِّنْه المُسْتأْجِرُ ، لم تَسْتَقِرَّ الأُجْرَةُ بذلك ؛ لأنَّه عَقَدَ على المَنْفَعةِ من غيرِ تَقْدِيرٍ[26] ، فلم يَسْتَقِرّ بَدَلُها بالبَذْلِ ، كالصَّدَاقِ لا يَسْتَقِرُّ بِبَذْلِ المَرْأةِ نَفْسَها . ويُفارِقُ حَبْسَ الدّابّةِ مُدَّةَ الإجارَةِ ؛ لأنَّ المنافِعَ تَلِفَتْ [27]تحت يَدِه[27] ، بخِلَافِ مَسْألَتِنا .

٩١٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الرّاعِى إذَا لَمْ يَتَعَدَّ)

لا نَعْلَمُ خِلَافًا فى صِحَّةِ اسْتِئْجارِ الرّاعِى ، وقد دَلَّ عليه قولُ اللهِ تعالى مُخْبِرًا عن شُعَيْبٍ ، أنَّه قال : ﴿ إِنِّى أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَىَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِى ثَمَانِىَ حِجَجٍ ﴾[1] . وقد عُلِمَ أنَّ موسَى عليه السلامُ ، إنَّما آجَرَ نَفْسَه لِرِعَايةِ الغَنَمِ[2] . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا ضَمانَ على الرَّاعِى فيما تَلِفَ من الماشِيَةِ / ، ما لم يَتَعَدَّ ، ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا إلَّا عن الشَّعْبِىِّ ؛ فإنَّه رُوِىَ عنه أنَّه ضَمَّنَ الرّاعِىَ . ولَنا ، أنَّه مُؤْتَمَنٌ على حِفْظِها ، فلم يَضْمَنْ من غيرِ تَعَدٍّ ، كالمُودَعِ ، ولأنَّها عَيْنٌ قَبَضَها بحُكْمِ الإجَارَةِ ، فلم يَضْمَنْها من غيرِ تَعَدٍّ ، كالعَيْنِ المُسْتأْجَرَةِ . فأمَّا ما تَلِفَ بتَعَدِّيه ، فيَضْمَنُه بغيرِ خِلَافٍ ، مثل أن يَنامَ عن السَّائِمةِ ، أو يَغْفُلَ عنها ، أو يَتْرُكَها تَتباعَدُ منه ، أو تَغِيبُ عن نَظَرِه وحِفْظِه ، أو يَضرِبَها[3] ضَرْبًا يُسْرِفُ فيه ، أو فى غيرِ مَوْضِعِ الضَّرْبِ ،

٥/١٢٥ و

---

(٢٤) فى الأصل : « نفعه » .

(٢٥) فى ا ، م : « المدة » .

(٢٦) فى الأصل زيادة : « منفعة » . وفى ب زيادة : « مدة » .

(٢٧ – ٢٧) فى ب : « بيده » .

(١) سورة القصص ٢٧ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٥ .

(٣) فى ب ، م : « ضربها » .

أو من غيرِ حاجةٍ إليه ، أو يَسْلُكَ[٤] بها مَوْضِعًا تَتعرَّضُ فيه لِلتَّلَفِ ، وأشْباه هذا ممَّا يُعَدُّ تَفْرِيطًا وتَعَدِّيًا ، فتَتْلَفُ به ، فعليه ضَمَانُها ؛ لأنَّها تَلِفَتْ بعُدْوَانِه ، فضَمِنَها كالمُودَعِ إذا تعَدَّى ، وإن اخْتَلَفَا فى التَّعَدِّى وعَدَمِه ، فالقولُ قولُ الرَّاعِى ؛ لأنَّه أمِينٌ . وإن فَعَلَ فِعْلًا اخْتَلَفا فى كونِه تَعَدِّيًا ، رُجِعَ إلى أهْلِ الخِبْرةِ . ولو جاءَ بِجِلْدِ شاةٍ ، وقال : ماتَتْ . قُبِلَ قولُه ، ولم يَضْمَنْ . وعن أحمدَ ، أنَّه يَضْمَنُ ، ولا يُقْبَلُ قَوْلُه . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ ؛ لأنَّ الأُمَناءَ تُقْبَلُ أقْوالُهم ، كالمُودَعِ ، ولأنَّه يَتعَذَّرُ عليه إقَامَةُ البَيِّنَةِ فى الغالِبِ ، فأشْبَه المُودَعَ . وكذلك لو ادَّعَى مَوْتَها من غيرِ أن يَأْتِىَ بِجِلْدِها .

فصل : ولا يَصِحُّ العَقْدُ فى الرَّعْيِ إلَّا على مُدَّةٍ مَعْلُومةٍ ؛ لأنَّ العَمَلَ لا يَنْحَصِرُ . ويجوزُ العَقْدُ على رَعْيِ ماشِيَةٍ مُعَيَّنةٍ ، وعلى جِنْسٍ فى الذِّمَّةِ ، فإن عَقَدَ على ماشِيَةٍ[٥] مُعَيَّنةٍ ، فذَكَرَ أصْحابُنا أنَّه يَتعلَّقُ بأعْيانِها ، كما لو اسْتَأْجَرَه لخِيَاطةِ ثَوْبٍ بِعَيْنِه ، فلا يجوزُ إبْدَالُه[٦] ، ويَبْطُلُ العَقْدُ بتَلَفِها . وإن تَلِفَ بعضُها ، بَطَلَ عَقْدُ الإِجَارَةِ فيه ، وله أجْرُ ما بَقِىَ منها بالحِصَّةِ . وإن وَلَدَتْ سِخَالًا[٧] ، لم يَكُنْ عليه رَعْيُها ؛ لأنها زِيادَةٌ لم يَتَنَاوَلْها العَقْدُ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَتعَلَّقَ بأعْيانِها ؛ لأنَّها ليست المَعْقُودَ عليها ، وإنَّما يَسْتَوْفِى المَنْفَعةَ بها ، فأشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرَ ظَهْرًا لِيَرْكَبَه ، جازَ أن يَرْكَبَ غيرُه مكانَه ، ولو اسْتَأْجَرَ دارًا لِيَسْكُنَها ، جازَ أن يُسْكِنَها مثلَه[٥] ، ولو اسْتَأْجَرَ أرْضًا لِيَزْرَعَها حِنْطَةً ، جازَ أن يَزْرَعَها ما هو مِثْلُها فى الضَّرَرِ ، أو أدْنَى منها ، وإنَّما المَعْقُودُ عليه مَنْفَعَةُ الرَّاعِى ، ولهذا يَجِبُ له الأَجْرُ إذا سَلَّمَ نَفْسَه وإن لم يَرْعَ[٨] . ويُفارِقُ الثَّوْبَ فى الخِيَاطَةِ ؛ لأن الثِّيابَ فى مَظِنَّةِ الاخْتِلَافِ ، فى سُهُولَةِ خِيَاطَتِها ومَشَقَّتِها ، بخِلَافِ

---

(٤) فى ب ، م : « سلك » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى الأصل : « إبدالها » .

(٧) السخلة : ولد الشاة .

(٨) فى الأصل : « يزرع » .

الرَّعْى . فعلى هذا ، له إبْدَالُها بمِثْلِها . وإن تَلِفَ بعضُها ، لم يَنْفَسِخِ العَقْدُ فيه ، وكان له إبْدَالُه . وإن وَقعَ العَقْدُ على مَوْصُوفٍ / فى الذِّمّةِ ، فلابُدَّ من ذِكْرِ جِنْسِ الحَيَوانِ ونَوْعِه ، إبِلًا ، أو بَقَرًا ، أو غَنما ، أو ضَأْنًا ، أو مَعْزًا . وإن أطْلَقَ ذِكْرَ البَقَرِ والإِبلِ ، لم يَتَنَاوَلِ الجَوَامِيسَ والبَخَاتِىَّ ؛ لأنَّ إطْلَاقَ الاسْمِ لا يَتَنَاوَلُها عُرْفًا . وإن وَقعَ العَقْدُ فى مكانٍ يَتَنَاوَلُها إطْلَاقُ الاسْمِ ، احْتاجَ إلى ذِكْرِ نَوْعِ ما يَرَاه منها ، كالغَنَمِ ؛ لأنَّ كلَّ نَوْعٍ له أثَرٌ فى إتْعَابِ الرّاعِى ، ويَذْكُرُ الكِبَرَ والصِّغَرَ ، فيقول : كِبَارًا أو سِخَالًا ، أو عَجَاجِيلَ أو فُصْلَانًا ، إلَّا أن يكونَ ثَمَّ[9] قَرِينَةٌ ، أو عُرْفٌ صارِفٌ إلى بعضِها ، فيُغْنِى عن الذِّكْرِ . وإذا عَقَدَ على عَدَدٍ[10] مَوْصُوفٍ كالمائةِ ، لم يَجِبْ عليه رَعْىُ زِيَادةٍ عليها ، لا من سِخَالِها ولا من غيرِها . وإن أطْلَقَ العَقْدَ و لم يَذْكُرْ عَدَدًا، لم يَجُزْ . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىّ . وقال القاضى : يَصِحُّ ، ويُحْمَلُ على ما جَرَتْ به العادَةُ ، كالمائةِ من الغَنَمِ ونحوِها . وهو قولُ بعضِ أصْحابِ الشافِعِىِّ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ العادَةَ فى ذلك تَخْتَلِفُ وتَتَبايَنُ كثيرًا ، إذ العَمَلُ[11] يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِه .

فصل : فيما تجوزُ إجارَتُه ، تجوزُ إجارَةُ كلِّ عَيْنٍ يُمْكِنُ أن يُنْتَفَعَ بها مَنْفَعةً مُباحةً ، مع بَقَائِها بحُكْمِ الأصْلِ ، كالأرْضِ ، والدّارِ ، والعَبْدِ ، والبَهِيمَةِ ، والثِّيابِ ، والفَسَاطِيطِ ، والحِبَالِ ، والخِيَامِ ، والمَحَامِلِ ، والسُّرُوجِ[12] ، واللُّجُمِ[13] ، والسَّيْفِ ، والرُّمْحِ ، وأشْبَاهِ ذلك . وقد ذَكَرْنا كثيرًا ممَّا تجوزُ إجارَتُه فى مَوَاضِعِه . وتجوزُ إجَارةُ الحَلْىِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ ابْنِه عبد الله . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْى . ورُوِى عن أحمدَ ، أنَّه قال فى إجَارَةِ الحَلْىِ : ما أدْرِى ما هو ؟ قال القاضى : هذا[14] مَحْمُولٌ على إجَارَتِه بأُجْرَةٍ

---

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل : « والعمل » .

(١٢) فى ب ، م : « والسرج » .

(١٣) فى ب ، م : « واللجام » .

(١٤) فى ب ، م : « هو » .

من جِنْسِه ، فأمَّا بغيرِ جِنْسِه ، فلا بَأْسَ به ، لِتَصْرِيحِ أحمدَ بِجَوَازِه . وقال مالِكٌ ، فى إجارَةِ الحَلْيِ والثِّيابِ :[15] هو من المُشْتَبِهاتِ . ولعلَّه يَذْهَبُ إلى أنَّ المَقْصُودَ بذلك الزِّينَةُ ، وليس ذلك من المَقَاصِدِ الأصْلِيّةِ . ومن مَنَعَ ذلك بأجْرٍ من جِنْسِه ، فقد احْتَجَّ له بأنَّها تَحْتَكُّ بالاسْتِعْمالِ ، فيَذْهَبُ منها أجْزاءٌ وإن كانت يَسِيرَةً ، فيَحْصُلُ الأجْرُ فى مُقَابَلَتِها ، ومُقَابَلَةِ الانْتِفاعِ بها ، فيُفْضِى إلى بَيْعِ ذَهَبٍ بِذَهَبٍ وشىءٍ آخَرَ . ولَنا ، أنَّها عَيْنٌ يُنْتَفَعُ بها مَنْفعةً مُبَاحةً مَقْصُودةً ، مع بَقاءِ عَيْنِها ، فأشْبَهَتْ سائِرَ ما تجوزُ إجَارَتُه ، والزِّينَةُ من المَقاصِدِ الأصْلِيّةِ ؛ فإنَّ اللهَ تعالى امْتَنَّ بها علينا بقولِه تعالى : ﴿ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً ﴾[16] . وقال تعالى : ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللهِ ٱلَّتِى أَخْرَجَ / لِعِبَادِهِ ﴾[17] . وأباحَ اللهُ تعالى من التَّحَلِّى واللِّبَاسِ لِلنِّسَاءِ ما حَرَّمَهُ على الرِّجَالِ ، لِحَاجَتِهِنَّ إلى التَزَيُّنِ للأزْواجِ ، وأسْقَطَ الزَّكاةَ عن حَلْيِهِنَّ مَعُونةً لهُنَّ على اقْتِنائِه . وما ذَكَرُوه من نَقْصِها بالاحْتِكاكِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ذلك يَسِيرٌ ، لا يُقَابَلُ بعِوَضٍ ، ولا يَكادُ يَظْهَرُ فى وَزْنٍ ، ولو ظَهَرَ فالأجْرُ فى مُقَابَلَةِ الانْتِفاعِ ، لا فى مُقَابَلَةِ الأجْزاءِ ؛ لأنَّ الأجْرَ فى الإجَارةِ ، إنَّما هو عِوَضُ المَنْفَعةِ ، كما فى سائِرِ المَوَاضِعِ ، ولو كان فى مُقَابَلَةِ الجُزْءِ الذَّاهِبِ[18] ، لَما جازَ إجارَةُ أحَدِ النَّقْدَيْنِ بالآخَرِ ؛ لإفْضَائِه إلى الفَرْقِ[19] فى مُعَاوَضَةِ أحَدِهِما بالآخَرِ قبلَ القَبْضِ . واللهُ أعلم .

١٢٦/٥ و

فصل : وتجوزُ إجارَةُ الدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ ، لِلوَزْنِ والتَّحَلِّى ، فى مُدَّةٍ مَعْلُومةٍ . وبه قال أبو حنيفةَ . وهو أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشافِعِىِّ ، والوَجْهُ الآخَرُ ، أنَّها لا تجوزُ إجَارَتُها ؛ لأنَّ هذه المَنْفَعةَ ليست المَقْصُودةَ[20] منها ، ولذلك لا تُضْمَنُ مَنْفَعَتُها بِغَصْبِها ، فأشْبَهَتِ الشَّمْعَ . ولَنا ، أنَّها عَيْنٌ أمكنَ الانْتِفاعُ بها مع بَقاءِ عَيْنِها مَنْفعةً

(١٥) فى م زيادة : « ما » .
(١٦) سورة النحل ٨ .
(١٧) سورة الأعراف ٣٢ .
(١٨) فى الأصل : « الزائد » .
(١٩) فى الأصل : « التفرق » .
(٢٠) فى ب ، م : « المقصود » .

مُباحةً ، فأشْبَهتِ الحلْى ، وفارَقتِ[21] الشَّمْعَ ؛ فإنّه لا يُنْتَفعُ به إلّا بما تَتْلَفُ[22] عَيْنُه .

إذا ثَبَتَ هذا ، فإنّه إن ذَكَرَ ما يَسْتأْجِرُه له ، وعَيَّنَه ، فحَسَنٌ ، وإن أطْلَقَ الإجارَةَ ، فقال أبو الخَطَّاب : تَصِحُّ الإجَارةُ ، ويَنْتَفِعُ بها فيما شاءَ منهما ؛ لأنَّ مَنْفعَتَهما فى الإجَارةِ مُتَعَيِّنَةٌ فى التَّحَلِّى والوَزْنِ ، وهما مُتَقارِبَانِ ، فوَجَبَ أن تُحْمَلَ الإجَارةُ عندَ الإطْلاقِ عليهما ، كاسْتِئْجارِ الدَّارِ مُطْلَقًا ، فإنّه يَتَنَاوَلُ السُّكْنَى ، ووَضْعَ المَتاعِ فيها . وقال القاضى : لا تَصِحُّ الإجَارةُ ، وتكونُ قَرْضًا . وهذا مذهبُ أبى حَنِيفةَ ؛ لأنَّ الإجَارةَ تَقْتَضِى الانْتِفاعَ ، والانْتِفاعُ المُعْتادُ بالدَّراهِمِ والدَّنانيرِ إنَّما هو بأعْيانِها ، فإذا أُطْلِقَ الانْتِفَاعُ ، حُمِلَ على الانْتِفاعِ المُعْتادِ . وقال أصْحابُ الشافِعِىِّ : لا تَصِحُّ الإجَارةُ ، ولا تكونُ قَرْضًا ؛ لأنَّ التَّحَلِّى يَنْقُصُها ، والوَزْنَ لا يَنْقُصُها ، فقد اخْتَلَفَتْ جِهَةُ الانْتِفاعِ ، فلم يَجُزْ إطْلَاقُها . ولا يجوزُ أن يُعَبَّرَ بها عن القَرْضِ ؛ لأنَّ القَرْضَ تَمْلِيكٌ للغيرِ ، والإجَارَةُ تَقْتَضِى الانْتِفاعَ مع بَقَاءِ العَيْنِ ، فلم يَجُزِ التَّعْبيرُ بأحَدِهما عن الآخر . ولأنَّ التَّسْمِيةَ والألْفاظَ تُؤْخَذُ نَقْلًا ، ولم يُعْهَدْ فى اللِّسَانِ التَّعْبيرُ بالإجَارةِ عن القَرْضِ . وقولُ أبى الخَطّابِ أصَحُّ ، إن شاءَ الله تعالى ؛ لأنَّ العَقْدَ متى أمْكَنَ حَمْلُه على الصِّحَّةِ ، كان أَوْلَى من إفْسَادِه ، وقد أمْكَنَ حَمْلُه على إجارَتِها لِلْجِهَةِ التى تَجُوزُ / إجارَتُها فيها . وقولُ القاضِى لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الإجَارةَ إنَّما تَقْتَضِى انْتِفاعًا مع بَقاءِ العَيْنِ ، فلا تُحْمَلُ على غير ذلك . وما ذَكَرَ الآخَرُونَ من نَقْصِ العَيْنِ بالاسْتِعْمالِ فى التَّحَلِّى فبَعِيدٌ ؛ فإنَّ ذلك يَسِيرٌ لا أثَرَ له ، فوُجُودُه كعَدَمِه .

١٢٦/٥ ظ

فصل : ويجوزُ أن يَسْتأْجِرَ شَجَرًا ونَخِيلًا ، ليُجَفِّفَ عليها الثِّيابَ ، أو يَبْسُطَها عليها لِيَسْتَظِلَّ بظِلِّها ، ولأصْحابِ الشافِعِىِّ فى ذلك وَجْهانِ ؛ لما ذَكَرُوه فى الأثْمانِ . ولَنا ، أنَّها لو كانت مَقْطُوعةً ، لجازَ اسْتِئْجارُها لذلك ، فكذلك إذا كانت ثابِتَةً ؛ وذلك لأنَّ الانْتِفاعَ يَحْصُلُ بهما على السَّوَاءِ فى الحالَتَيْنِ ، فما جازَ فى إحْدَاهما يجوزُ فى الأُخْرَى ،

---

(٢١) فى ب ، م : « وفارق » .

(٢٢) فى ب ، م : « أتلف » .

ولأنَّها شَجَرَةٌ ، فجازَ اسْتِئجارُها لذلك كالمَقْطُوعةِ ، ولأنَّها مَنْفَعةٌ مَقْصُودةٌ ، يُمْكِنُ اسْتِيفاؤُها مع بَقَاءِ العَيْنِ ، فجازَ العَقْدُ عليها ، كما لو كانت مَقْطُوعةً ، ولأنَّها عَيْنٌ ، يُمْكِنُ اسْتِيفاءُ هذه المَنْفَعةِ منها ، فجازَ اسْتِئجارُها لها ، كالحِبَالِ والخَشَبِ والشَّجَرِ المَقْطُوعِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِئجارُ غَنَمٍ لِتَدُوسَ له طِينًا أو زَرْعًا . ولأصْحابِ الشافِعِيِّ فيه وَجْهانِ ؛ لأنَّها مَنْفَعةٌ غيرُ مَقْصُودَةٍ من هذا الحَيَوانِ ، فأشْبَهَتِ النَّخِيلَ . ولَنا ، أنَّها مَنْفَعةٌ مُباحةٌ ، يُمْكِنُ اسْتِيفاؤُها من العَيْنِ مع بَقَائِها ، فأشْبَهَتِ اسْتِئجارَ البَقَرِ لِدِيَاسِ الزَّرْعِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِئجارُ ما يَبْقَى من الطِّيبِ والصَّنْدَلِ وأقْطاعِ الكافُورِ والنَّدِّ ، لِتَشَمَّهُ[23] المَرْضَى وغيرُهم مُدَّةً ، ثم يَرُدُّهُ[24] ؛ لأنَّها مَنْفَعةٌ مُباحةٌ ، فأشْبَهتِ الوَزْنَ والتَّحَلِّى ، مع أنَّه لا يَنْفَكُّ من إخْلَاقٍ وبِلًى .

فصل : وتجوزُ إجارةُ الحائِطِ ، لِيَضَعَ عليها خَشَبًا مَعْلُومًا ، مُدّةً مَعْلُومةً . وبه قال الشافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ . ولَنا ، أنَّ هذه مَنْفَعةٌ مَقْصُودةٌ ، مَقْدُورٌ على تَسْلِيمِها واسْتِيفَائِها ، فجازَ عَقْدُ الإجَارةِ عليها ، كاسْتِئجارِ السَّطْحِ لِلنَّوْمِ عليه .

فصل : ويجوزُ اسْتِئجارُ دارٍ يَتَّخِذُها مَسْجِدًا يُصَلِّى فيه . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ فِعْلَ الصَّلاةِ لا يجوزُ اسْتِحْقاقُه بعَقْدِ إجارةٍ بحالٍ ، فلا تجوزُ الإجَارَةُ لذلك . ولَنا ، أنَّ هذه مَنْفَعةٌ مُبَاحةٌ ، يُمْكِنُ اسْتِيفاؤُها من العَيْنِ مع بَقَائِها ، فجازَ اسْتِئجارُ العَيْنِ لها ، كالسُّكْنَى ، ويُفَارِقُ الصَّلاةَ ، فإنَّها لا تَدْخُلُها النِّيابةُ ، بخِلَافِ بِنَاءِ المَسَاجِدِ .

---

(٢٣) في الأصل : « ليشتمه » .

(٢٤) في ب ، م : « يردها » .

فصل : وذَكَرَ ابنُ عقيلٍ ، أنَّه يجوزُ اسْتِئْجارُ البِئْرِ ، لِيَسْتَقِىَ منها أيّامًا مَعْلُومةً ؛ لأنَّ هَواءَ البِئْرِ وعُمْقَها فيه نوعُ انْتِفاعٍ بمُرُورِ الدَّلْوِ فيه ، وأمَّا نَفْسُ الماءِ ، فيُؤْخَذُ على أصْلِ الإِباحةِ .

فصل : ويجوزُ اسْتِئْجارُ الفَهْدِ والبازِى والصَّقْرِ لِلصَّيْدِ ، فى مُدّةٍ مَعْلُومةٍ ؛ لأنَّ فيه نَفْعًا مُباحًا تجوزُ إعَارَتُه له ، فجازَتْ إجَارَتُه له ، كالدَّابَّةِ . وتجوزُ إجارَةُ كُتُبِ العِلْمِ ، التى يجوزُ بَيْعُها للانْتِفاعِ بها فى القِرَاءةِ فيها ، والنَّسْخِ منها ؛ لما ذَكَرْناه . وتجوزُ إجارةُ دَرْجٍ فيه خَطٌّ حَسَنٌ ، يَكْتُبُ عليه ، ويَتَمَثَّلُ منه ؛ لذلك .

فصل : وما لا تجوزُ إجَارَتُه أقْسَامٌ :

أحدها ، ما لا يُمْكِنُ الانْتِفاعُ به مع بَقَاءِ عَيْنِه ، كالمَطْعُومِ والمَشْرُوبِ ، والشَّمْعِ لِيُشْعِلَه ؛ لأنَّ الإجَارةَ عَقْدٌ على المَنافِعِ ، وهذه لا يُنْتَفَعُ بها إلَّا بإتْلَافِ عَيْنِها ، فإن اسْتَأْجَرَ شَمْعةً يُسْرِجُها ، ويَرُدُّ بَقِيَّتَها ، وثَمَنَ ما ذَهَبَ ، وأجْرَ الباقِى ، كان فاسِدًا ؛ لأنَّه يَشْمَلُ بَيْعًا وإجارَةً ، وما وَقَعَ عليه البَيْعُ مَجْهُولٌ ، وإذا جُهِلَ المَبِيعُ جُهِلَ المُسْتَأْجَرُ أيضا ، فيَفْسدُ العَقْدانِ ، ولو اسْتَأْجَرَ شَمْعًا لِيَتَجمَّلَ به ، ويَرُدَّه من غيرِ أن يُشْعِلَ منه شَيْئًا ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّ ذلك ليس بمَنْفَعةٍ مَرْعِيَّةٍ فى الشَّرْعِ ، فبَذْلُ المالِ فيه سَفَهٌ ، وأخْذُهُ أكْلُ مالٍ بالباطِلِ ، فلم يَجُزْ ، كما لو اسْتَأْجَرَ (٢٥ خُبْزًا لِيَنْظُرَ إليه ، وكذلك لو اسْتَأْجَرَ ٢٥) طَعَامًا لِيَتَجمَّلَ به على مائِدَتِه ، ثم يَرُدَّه ، لم يَجُزْ ؛ لما ذَكَرْنا . وهكذا سائِرُ الأشْياءِ ، ولا يَصِحُّ اسْتِئْجارُ ما لا يَبْقَى[٢٦] من الرَّيَاحِينِ ، كالوَرْدِ والبَنَفْسَجِ والرَّيْحانِ الفارِسِىِّ ، وأشْبَاهِه ، لِشَمِّها ؛ لأنَّها تَتْلَفُ عن قُرْبٍ ، فأشْبَهَتِ المَطْعُوماتِ . ولا يجوزُ اسْتِئْجارُ الغَنَمِ ، ولا الإِبِلِ والبَقَرِ ، لِيَأْخُذَ لَبَنَها ، ولا لِيَسْتَرْضِعَها لسِخالِه[٢٧] ونحوها ، ولا اسْتِئْجارُها لِيَأْخُذَ صُوفَها ، ولا شَعَرَها ،

(٢٥ – ٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) فى الأصل : « يتنافى » .

(٢٧) فى الأصل : « استحاله » تحريف . وفى م : « السخلة » .

ولا وَبَرَها ، ولا اسْتِئجارُ شَجرةٍ ، لِيَأْخُذَ ثَمَرَتَها ، أو شيئا من عَيْنِها .

فصل : ولا تجوزُ إجَارةُ الفَحْلِ لِلضِّرابِ . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْى ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ . وخَرَّجَ أبو الخَطَّابِ وَجْهًا فى جَوازِه ؛ لأنَّه انْتِفاعٌ مُبَاحٌ ، والحاجَةُ تَدْعو إليه ، فجازَ ، كإجَارَةِ الظِّئْرِ لِلرضاعِ[28] ، والبِئْرِ لِيَسْتَقِىَ منها الماءَ ؛ ولأنَّها مَنْفَعةٌ تُستَباحُ بالإعَارَةِ ، فتُسْتَباحُ بالإجَارةِ ، كسائِرِ المَنافِعِ . وهذا مَذْهَبُ الحَسَنِ ، وابنِ سِيرِينَ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن عَسْبِ الفَحْلِ : [29]مُتَّفَقٌ عليه[29] ، وفى لَفْظٍ : نَهَى عن ضِرَابِ الجَمَلِ . ولأنَّ المَقْصُودَ الماءُ الذى يُخْلَقُ منه الوَلَدُ ، فيكونُ عَقْدُ الإجَارةِ لِاسْتِيفاءِ عَيْنٍ غائِبةٍ[30] ، فلم يَجُزْ ، كإجَارةِ الغَنَمِ لأخْذِ لَبَنِها ، وهذا أَوْلَى ؛ فإنَّ هذا الماءَ مُحَرَّمٌ لا قِيمَةَ له ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ / عنه ، كالمَيْتَةِ والدَّمِ ، وهو مَجْهُولٌ ، فأشْبَه اللَّبَنَ فى الضَّرْعِ . فأمَّا من أجازَه ، فيَنْبَغِى أن يُوقِعَ العَقْدَ على العَمَلِ ، ويُقَدِّرَه بمَرَّةٍ أو مَرَّتَيْنِ أو أكْثَرَ . وقيل : يَقَعُ العَقدُ على مُدَّةٍ . وهذا بَعِيدٌ ؛ لأنَّ من أرادَ إطْرَاقَ فَرَسِه مَرَّةً ، فقَدَّرَهُ بمُدَّةٍ تَزِيدُ على قَدْرِ الفِعْلِ ، لم يُمْكِنِ اسْتِيعَابُها به ، وإن اقْتَصَرَ على مِقْدارِه ، فربَّما لا يَحْصُلُ الفِعْلُ فيه ، ويَتَعَذَّرُ أيضا ضَبْطُ مِقْدَارِ الفِعْلِ ، فيَتَعَيَّنُ التَّقْدِيرُ بالفِعْلِ ، إلَّا أن يَكْتَرِىَ فَحْلًا لإطْرَاقِ ماشِيَةٍ كثيرةٍ ، كفَحْلٍ يَتْرُكه فى إبِلِه ، أو تَيْسٍ فى غَنَمِه ، فإنَّ هذا إنَّما يُكْتَرَى مُدَّةً مَعْلُومةً . والمَذْهَبُ أنَّه لا يجوزُ إجَارَتُه ، فإن احْتاجَ إنْسانٌ إلى ذلك ، و لم يَجِدْ من يُطْرِقُ له ، جازَ له[31] أن يَبْذُلَ الكِرَاءَ ، وليس لِلْمُطْرِقِ أخْذُه . قال عطاءٌ : لا يَأْخُذُ عليه شَيْئًا ، ولا بَأْسَ أن يُعْطِيَهُ إذا لم يَجِدْ مَن يُطْرِقُ[32] له . ولأنَّ ذلك بَذْلُ

١٢٧/٥ ظ

---

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩ - ٢٩) فى ب : « رواية البخارى » .

وتقدم تخريجه فى : ٣٠٣/٦ .

(٣٠) سقط من : الأصل ، ب .

(٣١) سقط من : ب .

(٣٢) فى الأصل : « يطرقه » .

مالٍ[٣٣] لِتَحْصِيلِ مَنْفَعةٍ مُباحةٍ تَدْعُو الحاجةُ إليها ، فجازَ ، كشِرَاءِ الأسِيرِ ، ورِشْوَةِ الظَّالِمِ لِيَدْفَعَ ظُلْمَه . وإن أطْرَقَ إنْسانٌ فَحْلَه بغيرِ إجَارَةٍ ولا شَرْطٍ ، فأُهْدِيَتْ له هَدِيَّةٌ ، أو أُكْرِمَ بكَرَامةٍ لذلك ، فلا بَأْسَ به ؛ لأنَّه فَعَلَ مَعْرُوفا ، فجازَتْ مُجازَاتُه عليه ، كما لو أُهْدِىَ هَدِيَّةً .

فصل : القسم الثانى ، ما مَنْفَعَتُه مُحَرَّمةٌ ، كالزِّنَى والزَّمْرِ والنَّوْحِ والغِنَاءِ ، فلا يجوزُ الاسْتِئْجارُ[٣٤] لِفِعْلِه . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأبو حنيفة ، وصَاحِبَاه ، وأبو ثَوْرٍ . وكَرِهَ ذلك الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ؛ لأنَّه مُحَرَّمٌ ، فلم يَجُز الاسْتِئْجارُ عليه ، كإجَارَةِ أمَتِه لِلزِّنَى . ولا يجوزُ اسْتِئْجارُ كاتبٍ لِيَكْتُبَ له غِنَاءً ونَوْحًا . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ . ولَنا ، أنَّه انْتِفاعٌ بمُحَرَّمٍ ، فأشْبَهَ ما ذَكَرْنا . ولا يجوزُ الاسْتِئْجارُ على كِتَابةِ شِعْرٍ مُحَرَّمٍ ، ولا بِدْعَةٍ ، ولا شىءٍ مُحَرَّمٍ ؛ لذلك . ولا يجوزُ الاسْتِئْجارُ على حَمْلِ الخَمْرِ لمن يَشْرَبُها ، ولا على حَمْلِ خِنْزِيرٍ ولا مَيْتةٍ ؛ لذلك . وبهذا قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، والشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يجوزُ ؛ لأنَّ العَمَلَ لا يَتَعَيَّنُ عليه ، بدَلِيلِ أنَّه لو حَمَلَه مِثْلُه جازَ ، ولأنَّه لو قَصَدَ إرَاقَتَه أو طَرْحَ المَيْتةِ ، جازَ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى من حَمَلَ خِنْزِيرًا أو مَيْتَةً أو خَمْرًا لِنَصْرَانِىٍّ : أكْرَهُ أكْلَ كِرَائِه ، ولكنْ يُقْضَى لِلْحَمَّالِ بالكِرَاءِ ، فإذا كان لِمُسْلِمٍ فهو أشَدُّ . قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه اسْتَأْجَرَه لِيُرِيقَها ، فأما لِلشُّرْبِ فمَحْظُورٌ ، ولا يَحِلُّ أخْذُ الأُجْرَةِ عليه . وهذا التَّأْوِيلُ بَعِيدٌ ؛ لقولِه : أكْرَهُ أكْلَ كِرَائِه ، / وإذا كان لِمُسْلِمٍ فهو أشَدُّ . ولكنَّ المَذْهَبَ خِلَافُ هذه الرِّوَايةِ ؛ لأنَّه اسْتِئْجارٌ لِفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، فلم يَصِحَّ ، كالزِّنَى . ولأنَّ النبىَّ ﷺ لَعَنَ حامِلَها والمَحْمُولَةَ إليه[٣٥] . وقوله : لا يَتَعَيَّنُ . يَبْطُلُ باسْتِئْجارِ أرْضٍ لِيَتَّخِذَها مَسْجِدًا . وأمَّا حَمْلُ هذه لإرَاقَتِها ، والمَيْتةِ لِطَرْحِها ، والاسْتِئْجارِ لِلْكُنُفِ ، فجائِزٌ ؛ لأنَّ ذلك

١٢٨/٥ و

---

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) فى ب زيادة : « عليه » .

(٣٥) تقدم تخريجه فى : ٣١٨/٦ .

كلُّه مُبَاحٌ ، وقد استأْجَرَ النبيُّ ﷺ[36] أبا طَيْبَةَ فحجمه[36]. وقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ ابنِ منصورٍ ، فى الرَّجُلِ يُؤْجِرُ[37] نَفْسَه لِنِظَارَةِ كَرْمِ النَّصْرَانِىِّ[38] : يُكْرَهُ ذلك ؛ لأنَّ الأصْلَ فى ذلك راجعٌ إلى الخَمْرِ .

فصل : ويُكْرَهُ أن يُؤْجِرَ الرَّجُلُ نَفْسَهُ لِكَنْسِ الكُنُفِ ، ويُكْرَهُ له أكْلُ أجْرِه ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « كَسْبُ الحَجَّامِ خَبِيثٌ »[39] . ونَهَى الحُرَّ عن أكْلِه ، فهذا أَوْلَى . وقد رُوِى عن ابنِ عَبَّاسٍ ، أنَّ رَجُلًا حَجَّ ، ثم أتاه ، فقال له[40] : إنِّى رَجُلٌ أكْنُسُ ، فما تَرَى فى مَكْسَبِى ؟ قال : أىَّ شىءٍ تَكْنُسُ ؟ قال : العَذِرَةَ ، قال : ومنه حَجَجْتَ ، ومنه تَزَوَّجْتَ ؟ قال : نعم ، قال : أنْتَ خَبِيثٌ ، وحَجُّكَ خَبِيثٌ ، وما تَزَوَّجْتَ خَبِيثٌ . أو نحو هذا ، ذَكَرَه سَعِيدُ بن منصورٍ ، فى « سُنَنِه » بمَعْناه ، ولأنَّ

(36 - 36) فى م : « أبا ظبية لحجمه » . وأبو طيبة مولى الأنصار . انظر ترجمته فى : الإصابة ٧/٢٣٣ .
والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب ذكر الحجام ، وباب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم فى البيوع والإجارة والمكيال والوزن وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة ، من كتاب البيوع ، وباب ضريبة العبد ، وتعاهد ضرائب الإماء ، من كتاب الإجارة ، وباب الحجامة من الداء ، من كتاب الطب . صحيح البخارى ٣/٨٢ ، ١٠٣ ، ١٢٢ ، ٧/١٦١ ، ومسلم ، فى : باب حل أجرة الحجامة ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣/١٢٠٤ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كسب الحجام ، من كتاب الإجارة . سنن أبى داود ٢/٢٣٩ ، والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرخصة فى كسب الحجام ، من كتاب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧٨ ، والدارمى ، فى : باب فى الرخصة فى كسب الحجام ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٧٢ ، والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الحجامة وأجرة الحجام . الموطأ ٢/٩٧٤ ، والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٠٠ ، ١٧٤ ، ١٨٢ ، ٣٥٣ .

(37) فى الأصل : « يؤاجر » .

(38) فى الأصل : « النصارى » .

(39) تقدم تخريجه فى صفحة ١١٨ .

(40) سقط من : ب ، م .

فيه دَنَاءَةً ، فكُرِه ، كالحِجَامةِ ، فأمَّا الإجَارَةُ فى الجُمْلةِ ، فجائِزَةٌ ؛ لأنَّ الحاجةَ داعِيَةٌ إليها ، فلا تَنْدَفِعُ بدون إباحَةِ الإجَارةِ ، فوَجَبَ إبَاحَتُها ، كالحِجَامةِ .

فصل : ولا يجوزُ للرَّجُلِ إجَارَةُ دَارِه لمن يَتَّخِذُها كَنِيسةً ، أو بِيعَةً ، أو يَتَّخِذُها لِبَيْعِ الخَمْرِ ، أو القِمَارِ . وبه قال الجماعةُ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان بَيْتُكَ فى السَّوَادِ ، فلا بَأْسَ أن تُؤْجِرَه لذلك . وخالَفَه صاحِباهُ ، واخْتَلَفَ أصْحابُه فى تأْوِيلِ قَوْلِه . ولَنا ، أنَّه فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، فلم تَجُزِ الإجَارَةُ عليه ، كإجَارةِ عَبْدِه لِلْفُجُورِ . ولو اكْتَرَى ذِمِّىٌّ من مُسلِمٍ دارَه ، فأرَادَ بَيْعَ الخَمْرِ فيها ، فلِصَاحِبِ الدارِ مَنْعُه . وبذلك قال الثَّوْرِىُّ . وقال أصْحابُ الرَّأى : إن كان بَيْتُه[41] فى السَّوَادِ والجَبَلِ ، فله أن يَفْعَلَ ما شاءَ . ولَنا ، أنَّه فِعْلٌ مُحَرَّمٌ ، جازَ المَنْعُ منه فى المِصْرِ ، فجازَ فى السَّوَادِ ، كقَتْلِ النَّفْسِ المُحَرَّمةِ .

فصل : القسم الثالث ، ما يَحْرُمُ بَيْعُه ، إلَّا الحُرَّ والوَقْفَ وأُمَّ الوَلَدِ والمُدَبَّرَ ، فإنَّه يجوزُ إجَارَتُها ، وإن حَرُمَ بَيْعُها ، وما عدا ذلك فلا تجوزُ إجَارَتُه ، سواءٌ كان ممَّا[42] لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، كالعَبْدِ الآبِقِ ، والجَمَلِ النَّادِّ ، والبَهِيمةِ الشَّارِدَةِ ، والمَغْصُوبِ من غيرِ غاصِبِه[43] ممَّن لا يَقْدِرُ على انْتِزاعِه منه ، فإنه لا تجوزُ إجَارَتُه ؛ لأنَّه لا يمكنِ تَسْلِيمُ المَعْقُودِ عليه . وإن كان ممَّا تُجْهَلُ صِفَتُه ، فإنَّه لا تجوزُ إجَارَتُه ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ . أو كان ممَّن لا نَفْعَ فيه ، كسِبَاعِ البَهائِمِ ، أو الطَّيْرِ التى لا تَصْلُحُ للاصْطِيادِ . ولا تجوزُ إجارَةُ الكَلْبِ ، ولا الخِنْزِيرِ ، بحالٍ . ويَتَخَرَّجُ جوازُ إجَارَةِ الكَلْبِ الذى يُبَاحُ اقْتِنَاؤُه ؛ لأنَّ فيه نَفْعًا مُباحًا تجوزُ إعارتُه[44] ، فجازَتْ إجَارَتُه[45]

---

(٤١) فى الأصل : « بيتك » .

(٤٢) فى ب ، م : « ممن » .

(٤٣) فى ب ، م زيادة : « أو » .

(٤٤) فى م : « له إجارته » .

(٤٥) فى م زيادة : « له » .

كغيرِه . ولأصْحابِ الشافِعِيِّ وَجْهانِ ، كهٰذَيْن[٤٦] . ولا تجوزُ إجارَةُ ما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِ مَنْفَعَتِه ، سواءٌ جازَ بَيْعُه أو لم يَجُزْ ، مثل أن يَغْصِبَ مَنْفَعَتَه ، بأن يَدَّعِيَ إنْسانٌ أنَّ هذه الدارَ فى إجَارَتِه عامًا ، ويَغْلِبَ صاحِبَها عليها ، فإنَّه لا تجوزُ إجارَتُها فى هذا العامِ إلَّا من غاصِبِها ، أو ممَّن يَقْدِرُ على أخْذِها منه . قال أصْحابُنا : ولا تجوزُ إجَارةُ المُشَاعِ لغير الشَّرِيكِ ، إلَّا أن يُؤْجِرَ الشَّرِيكانِ معًا . وهذا قولُ أبى حنيفة ، وزُفَرَ ؛ لأنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، فلم تَصِحَّ إجَارَتُه كالمَغْصُوبِ ؛ وذلك لأنَّه لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه إلَّا بتَسْلِيمِ نَصِيبِ شَرِيكِه ، ولا وِلَايةَ له على مالِ شَرِيكِه . واخْتَارَ أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ جَوازَ ذلك . وقد أَوْمأَ إليه أحمدُ ، وهو قولُ مالِكٍ ، والشافِعِيِّ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ ؛ لأنَّه مَعْلُومٌ يَجُوزُ بَيْعُه ، فجازَتْ إجَارَتُه كالمُفْرَد[٤٧] ، ولأنَّه عَقْدٌ فى مِلْكِه ، يجوزُ مع شَرِيكِه ، فجازَ مع غيرِه كالبَيْعِ ، ولأنَّه يجوزُ إذا فَعَلَه الشَّرِيكانِ معًا ، فجازَ لأحَدِهما فِعْلُه فى نَصِيبِه مُفْرَدًا ، كالبَيْعِ . ومن نَصَرَ الأَوَّلَ فَرَّقَ بين مَحلِّ النِّزاعِ وبينَ ما إذا أجَرَه الشَّرِيكانِ ، أو أجَرَه لِشَرِيكِه ، بأنَّه يُمْكِنُ التَسْلِيمُ إلى المُسْتَأْجِرِ ، فأشْبَهَ إجَارَةَ المَغْصُوبِ من غاصِبِه دُونَ غيرِه . وإن كانت الدَّارُ لِوَاحِدٍ ، فأجَرَ نِصْفَها ، صَحَّ ؛ لأنَّه يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُه ، ثم إن أجَرَ نِصْفَها الآخَرَ لِلْمُسْتَأْجِرِ الأوَّلِ ، صَحَّ ؛ فإنَّه يُمْكِنُه تَسْلِيمُه إليه ، وإن أجَرَه لغيرِه ، ففيه وَجْهانِ ، بِنَاءً على المَسْأَلِةِ التى قَبْلَها ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه تَسْلِيمُ ما أجَرَه إليه . وإن أجَرَ الدَّارَ لاثْنَيْنِ لكلِّ واحدٍ منهما نِصْفُها ، فكذلك ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه تَسْلِيمُ نَصِيبِ كلِّ واحدٍ منهما إليه .

فصل : وفى إجَارَةِ المُصْحَفِ وَجْهان ؛ أحدهما ، لا تَصِحُّ إجَارَتُه ، مَبْنِيًّا على أنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه ، وعِلَّةُ ذلك إجْلَالُ كَلَامِ اللهِ وكِتَابِه عن المُعَاوَضَةِ به ، وابْتِذَالِه بالثمنِ

(٤٦) فى ب زيادة : « فصل » .

(٤٧) فى الأصل : « كالمفرز » ، وفى ب ، م : « كالمفروز » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

فى البَيْعِ ، والأَجْرِ فى الإِجَارَةِ . والثانى ، تجوزُ إجارَتُه . وهو مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه انْتِفاعٌ مُبَاحٌ ، تجوزُ / الإعارَةُ من أجْلِه ، فجازَتْ فيه الإجارَةُ ، كسائِرِ الكُتُبِ ، فأمَّا سائِرُ الكُتُبِ الجائِزِ بَيْعُها ، فتجوزُ إجَارَتُها . ومُقْتَضَى مذهبِ أبى حنيفةَ أنَّها لا تجوزُ إجَارَتُها ؛ لأنَّه عَلَّلَ مَنْعَ إجارَةِ المُصْحَفِ بأنَّه ليس فى ذلك أكْثَرُ من النَّظَرِ إليه ، ولا تجوزُ الإجارَةُ لمثلِ ذلك ، بِدَلِيلِ أنَّه لا يجوزُ أن يَسْتَأْجِرَ سَقْفًا لِيَنْظُرَ إلى عَمَلِه وتَصَاوِيرِه ، أو شَمْعًا لِيَتَجَمَّلَ به . ولَنا ، أنَّه انْتِفاعٌ مُبَاحٌ يَحْتاجُ إليه ، وتجوزُ الإعارَةُ له ، فجازَتْ إجَارَتُه ، كسائِرِ المَنافِعِ . وفارَقَ النَّظَرَ إلى السَّقْفِ ؛ فإنَّه لا حاجَةَ إليه ، ولا جَرَتِ العادَةُ بالإِعَارَةِ من أجْلِه . وفى مَسْأَلَتِنا يَحْتاجُ إلى القِرَاءةِ فى الكُتُبِ ، والتَّحَفُّظِ منها ، والنَّسْخِ والسَّمَاعِ منها والرِّوَايةِ ، وغيرِ ذلك من الانْتفاعِ المَقْصُودِ المُحْتَاجِ إليه .

١٢٩/٥ و

فصل : ولا تجوزُ إجارَةُ المُسْلِمِ لِلذِّمِّىِّ لخِدْمَتِه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ الأَثْرَمِ ، فقال : إن أجَرَ نَفْسَه من الذِّمِّىِّ فى خِدْمَتِه ، لم يَجُزْ ، وإن كان فى عَمَلِ شَىْءٍ ، جازَ . وهذا أحدُ قَوْلَى الشافِعِىِّ ، وقال فى الآخَرِ : تجوزُ ؛ لأنَّه تجوزُ له إجارَةُ نَفْسِه فى غيرِ الخِدْمةِ ، فجازَ فيها ، كإجارَتِه من المُسْلِمِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ حَبْسَ المُسْلِمِ عندَ الكافِرِ ، وإذْلَالَه له ، واستِخْدَامَه ، أشْبَه البَيْعَ ، يُحَقِّقُه أنَّ عَقْدَ الإِجَارَةِ لِلْخِدْمةِ يَتَعَيَّنُ فيه حَبْسُه مُدَّةَ الإِجَارَةِ واستِخْدامُه ، والبَيْعُ لا يَتَعَيَّنُ فيه ذلك ، فإذا مُنِعَ منه ، فَلأَن يُمْنَعَ من الإِجارَةِ أَوْلَى . فأمَّا إن أجَرَ نَفْسَه منه فى عَمَلٍ مُعَيَّنٍ فى الذِّمّةِ ، كخِيَاطةِ ثَوْبٍ ، وقِصَارَتِه ، جازَ بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّ عَلِيًّا رَضِىَ اللهُ عنه ، أجَرَ نَفْسَه من يَهُودِىٍّ ، يَسْتَقِى[٤٨] له كلَّ دَلْوٍ بِتَمْرةٍ ، وأخْبَرَ النبىَّ ﷺ بذلك ، فلم يُنْكِرْه[٥٠] . وكذلك الأَنْصارِىُّ[٤٩] . ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضةٍ لا يَتَضَمَّنُ إذْلَالَ المُسلِمِ ، ولا اسْتِخْدَامَه ، أشْبَهَ مُبَايَعَتَه . وإن أجَرَ نَفْسَه منه لِعَمَلٍ غيرِ الخِدْمَةِ ، مُدَّةً

(٤٨) فى ب ، م : « يسقى » .

(٤٩) الأول تقدم تخريجه فى : ٢٠٨/٦ . والثانى فى صفحة ٢١ .

مَعْلُومةً ، جازَ أيضا ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ؛ لقوله ، فى رِوَايةِ الأثْرَمِ : وإن كان فى عَمَلِ شىءٍ ، جازَ . ونَقَلَ عنه أحمدُ بن سَعِيدٍ : لا بَأْسَ أن يُؤْجِرَ نَفْسَه من الذِّمِّىِّ . وهذا مُطْلَقٌ فى نَوْعَىِ الإِجارةِ . وذَكَرَ بعضُ أصْحَابِنا[٥٠] ، أنَّ ظاهِرَ كلامِ أحمدَ مَنْعُ ذلك ، وأشَارَ إلى ما رَوَاه الأثْرَمُ ، واحْتَجَّ بأنَّه عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ حَبْسَ المُسْلِمِ ، أشْبَهَ البيعَ . والصَّحِيحُ ما ذَكَرْنا ، وكلامُ أحمدَ إنَّما يَدُلُّ على خِلَافِ ما قالَه ، فإنَّه خَصَّ المَنْعَ بالإِجَارةِ لِلْخِدْمةِ ، وأجازَ إجارَتَه لِلْعَمَلِ . وهذا إجَارةٌ لِلْعَمَلِ . ويُفَارِقُ البَيْعَ ، فإنَّ فيه إثْباتَ المِلْكِ على المُسْلِمِ ، ويُفَارِقُ إجَارَتَه لِلْخِدْمةِ / ، لِتَضَمُّنِها الإِذْلَالَ . ‏١٢٩/٥ ظ

فصل : نَقَلَ إبراهيمُ الحَرْبِىُّ ، عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن الرَّجُلِ يَكْتَرِى الدِّيكَ يُوقِظُه لِوَقْتِ الصَّلَاةِ : لا يجوزُ ؛ وذلك لأنَّ ذلك يَقِفُ على فِعْلِ الدِّيكِ ، ولا يُمْكِنُ اسْتِخْرَاجُ ذلك منه بِضَرْبٍ ولا غيرِه ، وقد يَصِيحُ ، وقد لا يَصِيحُ ، وربما صاحَ بعد الوَقْتِ .

فصل : القسم الرابع ، القُرَبُ التى يَخْتَصُّ فاعِلُها بكَوْنِه من أهْلِ القُرْبَةِ ، يَعْنِى أنه يُشْتَرطُ كونُه مُسْلِمًا ، كالإِمامةِ ، والأذَانِ ، والحَجِّ ، وتَعْلِيمِ القُرْآن . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال عطاءٌ ، والضَّحّاكُ بن قَيْسٍ ، وأبو حنيفةَ ، والزُّهْرِىُّ . وكَرِهَ الزُّهْرِىُّ ، وإسحاقُ تَعْلِيمَ القُرْآن بأجْرٍ . وقال عبدُ الله بن شَقِيقٍ : هذه الرُّغُفُ التى يَأْخُذُها المُعَلِّمُونَ من السُّحْتِ . وممَّن كَرِهَ أُجْرَةَ التَّعْلِيمِ[٥١] مع الشَّرْطِ : الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وطَاوُسٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ . وعن أحمدَ ، رِوَايةٌ أخرى ، يجوزُ ذلك . حَكَاها أبو الخَطَّابِ . ونقل أبو طالِبٍ ، عن أحمدَ ، أنَّه قال : التَّعْلِيمُ أحَبُّ إلَىَّ من أن يَتَوَكَّلَ لهؤلاءِ السَّلَاطِينِ ، ومن أن يَتَوَكَّلَ لِرَجُلٍ من عَامَّةِ النَّاسِ فى ضَيْعةٍ ، ومن أن يَسْتَدِينَ ويَتَّجِرَ ، لعلَّه لا يَقْدِرُ على الوَفَاءِ ، فيَلْقَى اللهَ تعالى بأَمَاناتِ النَّاسِ ، التَّعْلِيمُ أحَبُّ إلَىَّ . وهذا يَدُلُّ على أنَّ مَنْعَه منه فى مَوْضِعِ مَنْعِه لِلْكَرَاهةِ ،

---

(٥٠) فى الأصل : « أصحابه » .

(٥١) فى الأصل : « المعلم » .

لا لِلتَّحْرِيمِ . وممَّن أجَازَ ذلك مالكٌ ، والشافِعِيُّ . ورَخَّصَ فى أُجُورِ المُعَلِّمِينَ أبو قِلَابةَ وأبـو ثـَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ رسولَ الله ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا بما مَعَهُ من القُرْآن . مُتَّفَقٌ عليه(٥٢) . وإذا جازَ تَعْلِيمُ القُرْآن عِوَضًا فى باب النِّكَاحِ ، وقامَ مَقَامَ المَهْرِ ، جازَ أخْذُ الأُجْرَةِ عليه فى الإِجَارَةِ ، وقد قال رسولُ الله ﷺ : « أَحَقُّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أجْرًا كِتَابُ اللهِ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ(٥٣) . وثَبَتَ أن أبا سَعِيدٍ رَقَى رَجُلًا بفَاتِحَةِ الكِتَابِ على جُعْلٍ فبَـرَأَ ، وأَخَذَ أصْحَابُه الجُعْلَ ، فأَتَوْا به رسولَ الله ﷺ فأَخْبَرُوه ، وسَأَلُوه ، فقال : « لَعَمْرِي لَمَنْ أَكَلَ بِرُقْيَةِ باطِلٍ ، لَقَدْ أَكَلْتَ بِرُقْيَةِ حَقٍّ ، كُلُوا واضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ »(٥٤) . ولذا جاز أخْذُ الأجر ؛ لأنَّه فى مَعْنَاه ، ولأنَّه يجوزُ أخْذُ الرِّزْقِ عليه من

---

(٥٢) أخرجه البخارى ، فى : باب وكالة الامرأة الإمام فى النكاح ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه ، وباب القراءة عن ظهر قلب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى : باب تزويج المعسر ... ، وباب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ، وباب النظر إلى المرأة قبل التزويج ، وباب إذا كان الولى هو الخاطب ، وباب السلطان ولى ، وباب إذا قال الخاطب للولى زوجنى فلانة ... ، وباب التزويج على القرآن وبغير صداق ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خاتم الحديد ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ٣/١٣٢ ، ٦/٢٣٦ ، ٢٣٧ ، ٧/٨ ، ١٧ ، ١٩ ، ٢٢ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٢٦ ، ٢٠٢ . ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/١٠٤١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التزويج على العمل يعمل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٧ . والترمذى ، فى : باب مما جاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٣٤ ، ٣٥ . والنسائى ، فى : باب الكلام الذى ينعقد به النكاح ، وباب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٧٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٠٨ . والدارمى ، فى : باب ما يجوز أن يكون مهرا ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٤٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٣٣٤ ، ٣٣٦ .

(٥٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يعطى فى الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب ، من كتاب الإجارة ، وفى : باب فاتحة الكتاب ، من كتاب فضائل القرآن ، وفى : باب الرقى بفاتحة الكتاب ، وباب النفث فى الرقية ، من كتاب الطب . صحيح البخارى ٣/١٢١ ، ٦/٢٣١ ، ٧/١٧٠ ، ١٧٣ . ومسلم ، فى : باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤/١٧٢٧ ، ١٧٢٨ . وأبو داود ، فى : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع ، وفى : باب كيف الرقى ، من كتاب الطب . سنن أبى داود ٢/٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٣٤٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أخذ الأجر على التعويذ ، من أبواب الطب . عارضة الأحوذى ٨/٢٢٣ . =

بَيْتِ المالِ ، فجازَ أخْذُ الأجْرِ عليه ، كبِنَاءِ المَساجِدِ والقَناطِرِ ، ولأنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى ذلك ، فإنَّه يُحْتَاجُ إلى الاسْتنابةِ فى الحَجِّ عمَّن وَجَبَ عليه الحَجُّ وعَجَزَ عن فِعْلِه ، ولا يَكَادُ يُوجَدُ مُتبرِّعٌ بذلك ، فيُحْتاجُ إلى بَذْلِ الأجْرِ فيه . ووَجْهُ الرِّوَايةِ الأُولَى ، ما رَوَى عثمانُ بن أبى العاصِ ، قال : إنَّ آخِرَ ما عَهِدَ إلىَّ / النبىُّ ﷺ ، أن اتَّخِذْ مُؤَذِّنًا لا يَأْخُذُ على أذانِه أجْرًا . قال التِّرْمِذِىُّ[55] : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ . ورَوَى عُبادَةُ بن الصَّامِتِ ، قال : عَلَّمْتُ نَاسًا من أهْلِ الصُّفَّةِ القُرْآنَ والكِتَابةَ ، فأهْدَى إلىَّ رَجُلٌ منهم قَوْسًا ، قال : قلتُ : قَوْسٌ ولَيْسَتْ بمالٍ . قال : قلتُ أتَقَلَّدُهَا فى سَبِيلِ الله . فذَكَرْتُ ذلك للنبىِّ ﷺ . وقَصَّ عليه القِصَّةَ ، قال : « إنْ سَرَّكَ أنْ يُقَلِّدَكَ اللهُ قَوْسًا مِنْ نَارٍ ، فَاقْبَلْهَا »[56] . وعن أُبَىِّ بن كَعْبٍ ، أنَّه عَلَّمَ رَجُلًا سُورَةً من القُرْآنِ ، فأهْدَى إليه خَمِيصَةً[57] أو ثَوْبًا ، فذَكَرَ ذلك للنبىِّ ﷺ ، فقال : « لَوْ أنَّكَ لَبِسْتَها ، أو أخَذْتَها ، أَلْبَسَكَ اللهُ مَكَانَها ثَوْبًا مِنْ نَارٍ »[58] . وعن أُبَىٍّ ، قال : كُنْتُ أخْتَلِفُ إلى رَجُلٍ مُسِنٍّ ، قد أصابَتْهُ عِلَّةٌ ، قد احْتَبَسَ فى بَيْتِه أُقْرِئُه القُرْآنَ ، فكان عند فَرَاغِه ممَّا أُقْرِئُه يقول لِجَارِيَةٍ له : هَلُمِّى بِطَعَامِ أخِى . فيُؤْتَى بطَعَامٍ لا آكُلُ مثلَه بالمَدِينَةِ ، فحَاكَ فى نَفْسِى منه

١٣٠/٥ و

=وابن ماجه ، فى : باب أجر الراقى ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٢٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٢ ، ١٠ ، ٤٤ ، ٨٣ . أما قوله : « لعمرى لمن أكل برقية باطل لقد أكلت برقية حق » . فأخرجها أبو داود فى قصة الرجل المعتوه ، فى : باب كسب الأطباء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٣٨ . وليست من رواية أبى سعيد .

(٥٥) أخرجه الترمذى ، فى : باب فى كراهية أن يأخذ على الأذان أجرًا ، من أبواب الصلاة . عارضة الأحوذى ١١/٢ . والنسائى ، فى : باب اتخاذ المؤذن الذى لا يأخذ على أذانه أجرا ، من كتاب الأذان . المجتبى ٢/٢٠ . وابن ماجه ، فى : باب السنة فى الأذان ، من كتاب الأذان . سنن ابن ماجه ١/٢٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٢١٧ .

(٥٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى كسب المعلم ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٣٧ . وابن ماجه ، فى : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٠ . والحاكم ، فى : باب نهى النبى ﷺ أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم ، من كتاب البيوع . المستدرك ٢/٤١ .

(٥٧) الخميصة : ثوب أسود أو أحمر له أعلام .

(٥٨) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الأجر على تعليم القرآن ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٠ .

شيءٌ ، فذكرتُه للنبيِّ ﷺ ، فقال : « إنْ كَانَ ذلكَ الطَّعَامُ طَعَامَهُ وطَعَامَ أهْلِه ، فَكُلْ مِنْهُ ، وإنْ كَانَ يُتحِفُكَ بِهِ ، فَلَا تأْكُلْهُ » . وعن عبدِ الرَّحْمن بن شِبْلٍ الأنصارِيِّ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « اقْرأُوا القُرْآنَ ، ولَا تَغْلُوا فِيهِ ، ولا تَجْفُوا عَنْهُ ، ولَا تأْكُلُوا بِهِ ، ولَا تَسْتَكْثِرُوا بِهِ »[٥٩] . رَوَى هذه الأحَادِيثَ كلَّها الأثْرَمُ[٦٠] ، في « سُنَنِه » . ولأنَّ مِن شَرْطِ صِحَّةِ هذه الأفْعَالِ ، كَوْنَها قُرْبةً إلى اللهِ تعالى ، فلم يَجُزْ أخْذُ الأجْرِ عليها ، كما لو اسْتأْجَرَ قَوْمًا يُصَلُّونَ خَلْفَه الجُمُعَةَ أو التَّراوِيحَ . فأمَّا الأخْذُ على الرُّقْيَةِ ، فإنَّ أحمدَ اخْتارَ جوازَه ، وقال : لا بأْسَ . وذَكَرَ حَدِيثَ أبي سَعِيدٍ . والفَرْقُ بينَه وبين ما اخْتُلِفَ فيه ، أنَّ الرُّقْيةَ نَوْعُ مُدَاوَاةٍ ، والمأْخُوذُ عليها جُعْلٌ ، والمُدَاواةُ يُبَاحُ أخْذُ الأجْرِ عليها ، والجَعَالَةُ أوْسَعُ من الإجَارَةِ ، ولهذا تجوزُ مع جَهَالَةِ العَمَلِ والمُدَّةِ . وقولُه عليه السلامُ : « أحَقُّ مَا أخَذْتُم عَلَيْهِ أجْرًا كِتَابُ اللهِ » . يَعْنى به الجُعْلَ أيضا في الرُّقْيَةِ ؛ لأنَّه ذَكَرَ ذلك[٦١] في سِيَاقِ خَبَرِ الرُّقْيةِ . وأما جَعْلُ التَّعْلِيمِ صَدَاقًا [٦٢]فعنه فيه[٦٢] اخْتِلَافٌ ، وليس في الخَبَرِ تَصْرِيحٌ بأن التَّعْلِيمَ صَدَاقٌ ، إنَّما قال : « زَوَّجْتُكَهَا عَلَى مَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ » . فيَحْتَمِلُ أنَّه زَوَّجَهُ إيَّاها بغيرِ صَدَاقٍ ، إكْرَامًا له ، كما زَوَّجَ أبا طَلْحَةَ أُمَّ سُلَيْمٍ على إسْلَامِه[٦٣] ، ونُقِلَ عنه جَوَازُه . والفَرْقُ بين المَهْرِ والأجْرِ ، أنَّ المَهْرَ ليس بعِوَضٍ مَحْضٍ ، وإنَّما وَجَبَ نِحْلةً وَوُصْلَةً ، ولهذا جازَ خُلُوُّ العَقْدِ عن تَسْمِيَتِه ، وصَحَّ مع فَسَادِه ، بخِلَافِ الأجْرِ في غيرِه ، فأمَّا الرِّزْقُ من بَيْتِ المالِ ، فيجوزُ على ما يَتَعَدَّى نَفْعُه من هذه الأُمُورِ ؛ لأنَّ بَيْتَ المالِ لِمَصَالِحِ المُسْلِمِينَ ، فإذا كان بَذْلُه لمن يَتَعَدَّى نَفْعُه / إلى المُسْلِمِينَ مُحْتاجًا إليه ، كان من المَصَالِحِ ، وكان للآخِذِ له أخْذُه ؛ لأنَّه من أهْلِه ، وجَرَى مَجْرَى الوَقْفِ على مَن يَقُومُ بهذه المَصَالِحِ ، بخِلَافِ الأجْرِ . ١٣٠/٥ ظ

---

(٥٩) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣/٤٢٨ ، ٤٤٤ .

(٦٠) في ب زيادة : « بإسناده » .

(٦١) في م زيادة : « أيضا » .

(٦٢ - ٦٢) في ب ، م : « ففيه » .

(٦٣) انظر : الإصابة ٨/٢٢٨ .

فصل : فإن أُعْطِىَ المُعَلِّمُ شيئا من غير شَرْطٍ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ جَوازُه . وقال ، فيما نَقَلَ عنه أيُّوبُ ابن سافرى[٦٤] : لا يَطْلُبُ ، ولا يُشارِطُ ، فإن أُعْطِىَ شَيْئًا أَخَذَه . وقال ، فى رِوَايةِ أحمدَ بن سَعِيدٍ : أَكْرَهُ أجْرَ المُعَلِّمِ إذا شَرَطَ . وقال : إذا كان المُعَلِّمُ لا يُشارِطُ ، ولا يَطْلُبُ من أحدٍ شَيْئًا ، إن أتاهُ شىءٌ قَبِلَه . كأنَّه يَراهُ أَهْوَنَ . وكَرِهَه[٦٥] طائِفَةٌ من أهْلِ العِلْمِ ؛ لما تَقَدَّمَ من حَدِيثِ القَوْسِ والخَمِيصَةِ اللَّتَيْنِ أُعْطِيَهما أُبَىٌّ وعُبادَةُ من غيرِ شَرْطٍ . ولأنَّ ذلك قُرْبَةٌ ، فلم يَجُزْ أَخْذُ العِوَضِ عنها ، لا بِشَرْطٍ ولا بغيرِه ، كالصَّلَاةِ والصِّيامِ . وَوَجْهُ الأوَّلِ ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَا أَتَاكَ مِنْ هٰذَا الْمَالِ مِنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ وَلَا إشْرَافِ نَفْسٍ ، فَخُذْهُ ، وتَمَوَّلْهُ ؛ فَإِنَّهُ رِزْقٌ سَاقَهُ اللهُ إِلَيْكَ »[٦٦] . وقد أرْخَصَ النبىُّ ﷺ لأُبَىٍّ فى أكْلِ طَعَامِ الذى كان يُعَلِّمُه ، إذا كان طَعَامَه وطَعَامَ أهْلِه . ولأنَّه إذا كان بغيرِ شَرْطٍ ، كان هِبَةً مُجَرَّدَةً ، فجازَ ، كما لو لم يُعَلِّمْهُ شيئا . فأمَّا حَدِيثُ القَوْسِ والخَمِيصَةِ ، فقَضِيَّتانِ فى عَيْنٍ ، فيَحْتَمِلُ أنَّ النبىَّ ﷺ عَلِمَ أنَّهما فَعَلَا ذلك للهِ خالِصًا ، فكَرِهَ أخذَ العِوَضِ عنه[٦٧] من غيرِ اللهِ تعالى . ويَحْتَمِلُ غيرَ ذلك . وإن أُعْطِىَ المُعَلِّمُ أجْرًا على تَعْلِيمِ الصَّبِىِّ الخَطَّ وحِفْظِه ، جازَ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إن كان المُعْطِى يَنْوِى أن يُعْطِيَهُ لحِفْظِ الصَّبِىِّ وتَعْلِيمِه ، فأرْجُو إذا كان كذا . ولأنَّ هذا ممَّا يجوزُ أخْذُ الأجْرِ عليه مُفْرَدًا ، فجازَ مع غيرِه ، كسائِرِ ما يجوزُ الاسْتِئْجارُ عليه . وهكذا لو كان إمامُ المَسْجِدِ قَيِّمًا له ، يُسْرِجُ قَنَادِيلَه ، ويَكْنُسُهُ ، ويُغْلِقُ بَابَه ويَفْتَحُه ، فأخَذَ أجْرًا على خِدْمَتِه ، أو كان النَّائِبُ فى الحَجِّ يَخْدِمُ

---

(٦٤) أيوب بن إسحاق بن إبراهيم بن سافرى ، انتقل إلى الرملة ، وحدث بها وبمصر ، وحدث بمسائل كثيرة صالحة عن الإمام أحمد ، وتوفى بدمشق سنة تسع وخمسين ومائتين . طبقات الحنابلة ١/١١٧ ، ١١٨ .

(٦٥) فى ب ، م : « وكره » .

(٦٦) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٩٢ ، ٣٢٣ ، ٤٩٠ ، ٤/٢٢١ ، ٥/٦٥ ، ٦/٧٧ ، ٢٥٩ ، ٣٦٧ .

(٦٧) سقط من : ب .

المُسْتَنِيبَ له فى طَرِيقِ الحَجِّ ، ويَشُدُّ له ، ويَرْفَعُ حِمْلَه ، ويَحُجُّ عن أبيه ، فدَفَعَ له أجْرًا لِخدْمَتِه ، لم يَمْتَنِعْ[٦٨] ذلك ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وما لا يَخْتَصُّ فاعِلُه أن يكونَ من أهْلِ القُرْبَةِ ، كتَعْلِيمِ الخَطِّ والحِسَابِ والشِّعْرِ المُبَاحِ ، وأشْبَاهِه ، وبِنَاءِ المَسَاجِد والقَنَاطِر ، جازَ أخْذُ الأجْرِ عليه ؛ لأنَّه يَقَعُ تارةً قُرْبةً ، وتارةً غيرَ قُرْبَةٍ ، فلم يُمْنَعْ من الاسْتِئْجارِ لِفِعْلِه ، كغَرْسِ الأشْجارِ ، وبِنَاءِ البُيُوتِ . وكذلك فى تَعْلِيمِ الفِقْهِ والحَدِيثِ . وأمَّا ما لا يَتَعَدَّى نَفْعُه فاعِلَه من العِبَاداتِ المَحْضَةِ ، كالصِّيَامِ ، وصَلَاةِ الإنسانِ لِنَفْسِه ، وحَجِّهِ عن نَفْسِه ، وأداءِ زَكَاةِ نَفْسِه ، فلا يجوزُ أخْذُ الأجْرِ عليها ، بغيرِ خِلَافٍ ؛ / لأنَّ الأجْرَ عِوَضُ الانْتِفاعِ ، ولم يَحْصُلْ لغيرِه هٰهُنا انْتِفاعٌ ، فأشْبَهَ إجارَةَ الأعْيانِ التى لا نَفْعَ فيها . ١٣١/٥ و

فصل : إذا اخْتَلَفَا فى قَدْرِ الأجْرِ ، فقال : أجَرْتَنِيهَا سَنَةً بدِينَارٍ . قال : بل بدِينَارَيْنِ . تَحَالَفَا ، ويُبْدَأُ بيَمِينِ الآجِرِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الإجَارَةَ نَوْعٌ من البَيْعِ ، فإذا تَحَالَفَا قبلَ مُضِىِّ شىءٍ من المُدَّةِ[٦٩] فَسَخَا العَقْدَ ، ورَجَعَ كلُّ واحدٍ منهما فى مالِه . وإن رَضِىَ أحَدُهُما بما حَلَفَ عليه الآخَرُ ، قَرَّ العَقْدُ . وإن فَسَخَا العَقْدَ بعدَ المُدَّةِ أو شىءٍ منها ، سَقَطَ المُسَمَّى ووَجَبَ أجْرُ المِثْلِ ، كما لو اخْتَلَفَا فى المَبِيعِ بعد تَلَفِه . وهذا قولُ الشَّافِعِىِّ . وبه قال أبو حنيفةَ إن لم يكُنْ عَمِلَ العَمَلَ ، وإن كان عَمِلَه فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ فيما بينه وبين أجْرِ مِثْلِه . وقال أبو ثَوْرٍ : القولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ للزِّيادَةِ فى الأجْرِ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ . ولَنا ، أنَّ الإجَارَةَ نَوْعٌ من البَيْعِ ، فيَتَحَالَفَانِ عندَ اخْتِلَافِهِما فى عِوَضِها ، كالبَيْعِ ، وكما قبلَ أن يَعْمَلَ العَمَلَ عندَ أبى حنيفةَ . وقال ابنُ أبى موسى : القولُ قولُ المالِكِ ؛ لقولِ النبىِّ

---

(٦٨) فى الأصل : « يمنع » .

(٦٩) فى الأصل زيادة : « ثم » .

ﷺ : « إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ[70] البَائِعِ »[71] . وهذا يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ به إذا اخْتَلَفَا فى المُدَّةِ ، وأما إذا اخْتَلَفَا فى العِوَضِ ، فالصَّحِيحُ أنَّهما يَتحالَفَانِ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ .

فصل : وإن اخْتَلَفَا فى المُدَّةِ ، فقال : أجَرْتُكَها سَنَةً بدِينَارٍ . قال : بل سَنَتَيْنِ بِدِينَارَيْنِ . فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّه مُنْكِرٌ لِلزِّيادةِ ، فكان القولُ قولَه فيما أنْكَرَه ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذا العَبْدَ بمائةٍ . قال : بل هٰذَيْنِ العَبْدَيْنِ . وإن قال : أجَرْتُكَها سَنَةً بِدِينَارٍ . قال : بل سَنَتَيْنِ بِدِينَارٍ . فهٰهُنا قد اخْتَلَفَا فى قَدْرِ العِوَضِ والمُدَّةِ جَمِيعًا ، فيَتَحالَفانِ ؛ لأنَّه لم يُوجَد الاتِّفاقُ منهما على مُدَّةٍ بعِوَضٍ ، فصارَ كما لو اخْتَلَفَا فى العِوَضِ مع اتِّفاقِ المُدَّةِ . وإن قال المالِكُ : أجَرْتُكَها سَنَةً بِدِينارٍ . فقال السّاكِنُ : بل اسْتَأْجَرْتَنِى على حِفْظِها بِدينارٍ . فقال أحمدُ : القولُ قولُ رَبِّ الدَّارِ ، إلَّا أن تكونَ للسّاكِنِ بَيِّنَةٌ . وذلك لأنَّ سُكْنَى الدَّارِ قد وُجِدَ من السَّاكِنِ ، واستِيفَاءَ مَنْفَعَتِها وهى مِلْكُ صاحِبِها ، والقولُ قولُه فى مِلْكِه ، والأصْلُ عَدَمُ اسْتِئْجارِ السّاكِنِ فى الحِفْظِ ، فكان القولُ قولَ من يَنْفِيه .

فصل : وإن اخْتَلَفَا فى التَّعدِّى فى العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ ، فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّه مُؤْتَمَنٌ عليها ، فأشْبَه المُودَعَ ، ولأنَّ الأصْلَ عَدَمُ العُدْوانِ ، والبَرَاءَةُ من الضَّمَانِ .

---

(70) فى الأصل : « ما قال » .

(71) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء إذا اختلف البيعان ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢٧١ . وابن ماجه ، فى : باب البيعان يختلفان ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٣٧ . والدارمى ، فى : باب إذا اختلف المتبايعان ، من كتاب البيوع ٢/٢٥٠ . والإمام مالك ، فى : باب بيع الخيار ، من كتاب البيوع . الموطأ ٢/٦٧١ .

وإن ادَّعَى أنَّ العَبْدَ أبَقَ من يَدِه ، وأن الدَّابّةَ شَرَدَتْ أو نَفَقَتْ ، وأنْكَرَ المُؤْجِرُ ، فعن أحمدَ رِوَايَتانِ ؛ / إحْداهما ، أنَّ القولَ قولُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لما ذَكَرْنا ، ولا أجْرَ عليه إذا حَلَفَ أنَّه ما انْتَفَعَ بها ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الانْتِفاعِ . والثانية ، القولُ قولُ المُؤْجِرِ ؛ لأنَّ الأصْلَ السَّلَامةُ . فأمَّا إن ادَّعَى أن العَبْدَ مَرِضَ فى يَدِه ، نَظَرْنا ؛ فإن جاءَ به صَحِيحًا ، فالقولُ قولُ المالِكِ ، سواءٌ وافَقَهُ العَبْدُ أو خالَفَه . نَصَّ عليه أحمدُ . وإن جاءَ به مَرِيضًا ، فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه إذا جاءَ به صَحِيحًا فقد ادَّعَى ما يُخَالِفُ الأصْلَ ، وليس معه دَلِيلٌ عليه[72] ، وإن جاءَ به مَرِيضًا ، فقد وُجِدَ ما يُخَالِفُ الأصْلَ يَقِينًا ، فكان القولُ قولَه فى مدَّةِ المَرَضِ ؛ لأنَّه أعْلَمُ بذلك ، لِكَوْنِه فى يَدِه . وكذلك إن ادَّعَى إبَاقَهُ فى حالِ إبَاقِه ، أو جاءَ به غيرَ آبِقٍ . ونَقَلَ إسحاقُ ابن منصورٍ ، عن أحمدَ ، أنَّه يُقْبَلُ قولُه فى إبَاقِ العَبْدِ ، دُونَ مَرَضِه . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ . قال أبو بكرٍ : وبالأَوَّلِ أقُولُ ؛ لأنَّهما سواءٌ فى تَفْوِيتِ مَنْفَعَتِه ، فكانا سَوَاءً فى دَعْوَى ذلك . وإن هَلَكَتِ العَيْنُ ، فاخْتَلَفَا فى وَقْتِ[72] هَلَاكِها ، أو أبَقَ العَبْدُ ، أو مَرِضَ ، فاخْتَلَفَا فى وَقْتِ ذلك ، فالقولُ قولُ المُسْتَأْجِرِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ العَمَلِ ولأنَّ ذلك حَصَلَ فى يَدِه وهو أعْلَمُ به .

فصل : إذا دَفَعَ ثَوْبَهُ إلى خَيَّاطٍ أو قَصَّارٍ ، لِيَخِيطَه أو يَقْصِرَه ، من غيرِ عَقْدٍ ولا شَرْطٍ ، ولا تَعْوِيضٍ بأجْرٍ ، مثل أن يقولَ : خُذْ هذا فاعْمَلْهُ ، وأنا أعْلَمُ أنك إنَّما تَعْمَلُ بأجْرٍ . وكان الخَيّاطُ والقَصَّارُ مُنْتَصِبَيْنِ لذلك ، ففَعَلَا ذلك ، [73]فلهما الأجْرُ . وقال أصحابُ الشافِعِىِّ : لا أجْرَ لهما ؛ لأنهما فَعَلَا ذلك[73] من غيرِ عِوَضٍ جُعِلَ لهما ، فأشْبَهَ مالو تَبَرَّعَا بعَمَلِه . ولَنا ، أنَّ العُرْفَ الجارِى بذلك يَقُومُ مَقَامَ القَوْلِ ، فصَارَ كَنَقْدِ البَلَدِ ، وكما لو دَخَلَ حَمَّامًا ، أو جَلَسَ فى سَفِينَةٍ مع مَلَّاحٍ ، ولأنَّ شَاهِدَ الحالِ يَقْتَضِيه ، فصارَ كالتَّعْوِيضِ . فأمَّا إن لم يكُونَا مُنْتَصِبَيْنِ لذلك ، لم يَسْتَحِقَّا أجْرًا

(٧٢) سقط من : الأصل .

(٧٣ – ٧٣) سقط من الأصل . نقل نظر .

إِلَّا بعقْدٍ ، أو شَرْطِ العِوَضِ ، أو تَعْوِيضٍ به ؛ لأنَّه لم يَجْرِ عُرْفٌ يَقُومُ مَقَامَ العَقْدِ ، فصارَ كما لو تبرَّعَ به ، أو عَمِلَه بغيرِ إذْنِ مالِكِه . ولو دَفعَ ثَوْبًا إلى رَجُلٍ لِيَبِيعَه ، فالحُكْمُ فيه (74) كالحُكْمِ فى القَصَّارِ (74) والخَيَّاطِ ، إن كان مُنْتَصِبًا يَبِيعُ لِلنّاسِ بأجْرٍ ، فله أجْرُ مِثْلِه . نَصَّ عليه أحمدُ ، وإن لم يكُنْ كذلك ، فلا شىءَ ؛ لما تَقَدَّمَ . ومتى دَفعَ ثَوْبَه إلى أحدِ هؤلاءِ ، ولم يُقَاطِعْهُ على أجْرٍ ، فله أجْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الثِّيابَ تَخْتَلِفُ أجْرَتُها ، ولم يُعَيِّنْ شيئا ، فجَرَى مَجْرَى الإِجارَةِ الفاسِدَةِ . فإن تَلِفَ الثَّوْبُ من حِرْزِه ، أو بغيرِ فِعْلِه ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّ ما لا يُضْمَنُ فى العَقْدِ الصَّحِيحِ ، لا يُضْمَنُ فى فاسِدِه . وإن تَلِفَ / (75) من فِعْلِه ، بتَخرِيقِه أو دَقِّهِ ، ضَمِنَه ؛ لأنَّه إذا ضَمِنَه بذلك فى العَقْدِ الصَّحِيحِ ، ففى الفاسِدِ أوْلَى . وقال أحمدُ ، فى مَن دَفعَ ثَوْبًا إلى قَصَّارٍ لِيَقْصِرَه ، ولم يَقْطَعْ له أجْرًا ، بل قال : أنا أُعْطِيكَ كما تُعْطَى . وهَلَكَ الثَّوْبُ ، فإن كان بَخَرْقٍ أو نحوِه ممَّا لا تَجْنِيه يَدُهُ ، فلا ضَمَانَ عليه ، بَيَّنَ الكِرَاءَ أو لم يُبَيِّنْ ، والعِلَّةُ فى ذلك ما ذَكَرْنَاهُ .

١٣٢/٥ و

فصل : إذا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْمِلَ له كِتَابًا إلى مَكَّةَ أو غيرِها ، إلى صاحِبٍ له ، فحَمَلَهُ ، فوَجَدَ صَاحِبَه غائِبًا ، فرَدَّهُ ، اسْتَحَقَّ الأجْرَ بحَمْلِه فى الذَّهَابِ والرَّدِّ ؛ لأنَّه حَمَلَهُ فى الذَّهَابِ بإذْنِ صَاحِبِه صَرِيحًا ، وفى الرَّدِّ تَضْمِينًا ، لأنَّ تَقْدِيرَ كَلَامِه : وإن لم تَجِدْ صَاحِبَه فَرُدَّه . إذ ليس سِوَى رَدِّه إلَّا تَضْيِيعُه . فقد عَلِمَ أنَّه لا يَرْضَى تَضْيِيعَه ، فتَعَيَّنَ رَدُّه . واللهُ أعْلَمُ .

(74 – 74) فى الأصل : « كالقصار » .

(75) فى الأصل زيادة : « الثوب » .

كتاب إحْيَاء المَوَاتِ

المَوَاتُ : هو الأرْضُ الخَرَابُ الدَّارِسَةُ ، تُسَمَّى مَيْتَةً ومَوَاتًا ومَوَتَانًا ، بِفَتْحِ المِيمِ والواوِ ، والمُوتَانُ ، بِضَمِّ المِيمِ وسُكُونِ الواوِ : المَوْتُ الذَّرِيعُ . ورَجُلٌ مَوْتَانُ القَلْبِ ، بِفَتْحِ المِيمِ وسُكُونِ الواوِ ، يَعْنِي : أعْمَى القَلْبِ ، لا يَفْهَمُ . والأصْلُ فى إحْيَاءِ الأرْضِ ، ما رَوَى جابِرٌ رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ أحيا أرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ »[1] . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ[2] صَحِيحٌ . ورَوَى سَعِيدُ بن زَيْدٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ ، ولَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ »[3] . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ ، ورَوَى مالِكٌ ، فى « مُوَطَّئِه » ، وأبو دَاوُدَ ، فى « سُنَنِه » عن عائِشَةَ مِثْلَه . قال ابنُ عبد البَرِّ ، وهو مُسْنَدٌ صَحِيحٌ ، مُتَلَقَّى بالقَبُولِ عند فُقَهاءِ المَدِينَةِ وغيرِهم . ورَوَى أبو عُبَيْدٍ ، فى « الأمْوالِ »[4] عن عائِشَةَ ، قالت : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَن أحْيَا أرْضًا لَيْسَتْ لأحَدٍ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهَا » . قال عُرْوَةُ : وقَضَى[5] بذلك عُمَرُ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى خِلَافَتِه . وعَامَّةُ فُقَهاءِ الأمْصَارِ على أنَّ المَوَاتَ يُملَكُ بالإحْياءِ ، وإن اخْتَلَفُوا فى شُرُوطِه .

---

(١) أخرجه البخارى تعليقا ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٣٩/٣ ، ١٤٠ . والترمذى ، فى : باب ما ذكر فى إحياء أرض الموات ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤٩/٦ . والدارمى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة فهى له ، من كتاب البيوع ٢٦٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٨/٣ ، ٣٨١ .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٥٥٨/٦ .

(٤) فى باب : إحياء الأرضين واحتجارها ... ، الأموال ٢٨٦ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث والمزارعة . صحيح البخارى ١٤٠/٣ ، والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى عمارة الموات ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٣/٢ مرسلا . والبيهقى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤١/٦ .

(٥) سقطت الواو من : ب ، م .

٩١٣ ـ مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا لَمْ تُمْلَكْ ، فَهِيَ لَهُ)

وجملتُه أنَّ المَوَاتَ قِسْمانِ ؛ أحَدُهما ، ما لم يَجرِ عليه مِلْكٌ لأحَدٍ ، ولم يُوجَدْ فيه أثَرُ عِمَارَةٍ ، فهذا يُمْلَكُ بالإحْياءِ[١] ، بغير خِلَافٍ بين القائِلِينَ بالإحْياءِ . والأخْبارُ التى رَوَيْناها مُتَنَاوِلَةٌ له . القسم الثانى ، ما جَرَى عليه مِلْكُ مالِكٍ ، وهو ثلاثةُ أنْواعٍ ؛ أحدها ؛ مالَه مالِكٌ مُعَيَّنٌ ، وهو ضَرْبانِ ؛ أحدهما ، ما مُلِكَ بشِرَاءٍ أو عَطِيّةٍ ، فهذا لا يُمْلَكُ بالإحْياءِ ، بغيرِ خِلَافٍ . قال / ابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعَ العُلَماءُ على أنَّ ما عُرِفَ بمِلْكِ مالِكٍ[٢] غيرِ مُنْقَطِعٍ ، أنَّه لا يجوزُ إحْياؤُه لأحدٍ غيرِ أرْبَابِه . الثانى ، ما مُلِكَ بالإحْياءِ ، ثم تُرِكَ حتى دَثَرَ[٣] وعادَ مَوَاتًا ، فهو كالذى قَبْلَه سواءً . وقال مالِكٌ : يُمْلَكُ هذا ؛ لِعُمُومِ قوله : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ »[٤] . ولأنَّ أصْلَ هذه الأرْضِ مُبَاحٌ ، فإذا تُرِكَتْ[٥] حتى تَصِيرَ مَوَاتًا عادَتْ إلى الإباحةِ ، كمن أخَذَ ماءً من نَهْرٍ ثم رَدَّهُ فيه . ولَنا ، أنَّ هذه أرْضٌ يُعرَفُ مالِكُها ، فلم تُمْلَكْ بالإحْياءِ ، كالتى مُلِكَتْ بشِرَاءٍ أو عَطِيَّةٍ ، والخَبَرُ مُقَيَّدٌ بغيرِ المَمْلُوكِ ، بقولِه فى الرِّوَايةِ الأخرى : « من أحْيَا أرْضًا مَيتَةً لَيْسَتْ لأحَدٍ » . وقوله : « فى غيرِ حَقِّ مُسْلِمٍ » . وهذا يُوجِبُ تَقْييدَ مُطْلَقِ حَدِيثِه . وقال هِشَامُ بن عُرْوَةَ ، فى تَفْسيرِ قولِه عليه السلام : « ولَيْسَ لِعِرْقٍ ظالِمٍ حَقٌّ » : العِرْقُ[٦] الظالِمُ أن يَأْتِيَ الرَّجُلُ الأرْضَ المَيْتَةَ لغيرِه ، فيَغْرِسَ فيها . ذَكَرَه سَعِيدُ بن منصورٍ ، فى « سُنَنِه » . ثم الحَدِيثُ مَخْصُوصٌ بما مُلِكَ بشِرَاءٍ أو عَطِيّةٍ ،

٥/١٣٢ ظ

---

(١) فى الأصل : « بالأخذ » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى الأصل : « دبر » .
(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٥ .
(٥) فى الأصل : « تركه » .
(٦) سقط من : ب ، م .

فنقِيسُ عليه مَحلَّ النِّزاعِ . ولأنَّ سائِرَ الأمْوالِ لايَزُولُ المِلْكُ عنها بالتَّرْكِ ، بدَلِيلِ سائِرِ الأمْلاكِ إذا تُرِكَتْ حتى تَشعَّثَتْ . وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بالمَوَاتِ إذا أحْياهُ إنسانٌ ثم باعَهُ ، فترَكَهُ المُشْتَرِى حتى عادَ مَوَاتًا ، وباللُّقَطَةِ إذا مَلَكَها ثم ضاعَت منه ، ويُخالِفُ ماءَ النَّهْرِ ، فإنَّه استُهْلِكَ . النَّوْع الثانى ، ما يُوجَدُ فيه آثارُ مِلْكٍ قَدِيمٍ جاهِلِىٍّ ، كآثارِ الرُّومِ ، ومَسَاكِنِ ثَمُودَ ، ونحوِها ، فهذا يُملَكُ بالإحْياءِ ؛ لأنَّ ذلك المِلْكَ لا حُرْمَةَ له . وقد رُوِىَ عن طاوُسٍ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « عَادِىُّ الأرْضِ للهِ ولِرَسُولِه ، ثُمَّ هُوَ بَعْدُ لَكُمْ » . رَوَاهُ سَعِيدُ (7 بن مَنصورٍ 7) ، فى « سُنَنِه » ، وأبو عُبَيْدٍ ، فى « الأمْوالِ »(8) . وقال : عادِىُّ الأرْضِ : التى كان بها ساكِنٌ فى آبادِ الدَّهْرِ ، فانْقَرَضُوا ، فلم يَبْقَ منهم أنِيسٌ ، وإنَّما نَسَبَها إلى عادٍ ، لأنَّهم كانوا مع تَقَدُّمِهِم ذَوِى قُوَّةٍ وبَطْشٍ وآثارٍ كثِيرَة ، فنُسِبَ كلُّ أثَرٍ قَدِيمٍ إليهم . ويَحْتَمِلُ أنَّ كلَّ ما فيه أثَرُ المِلْكِ ، ولم يُعْلَمْ زَوالُه قبلَ الإسْلامِ ، أنَّه لا يُمْلَكُ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أنَّ المُسْلِمِينَ أخَذُوه عامِرًا ، فاسْتَحَقُّوه ، فصارَ مَوْقُوفًا بوَقْفِ عمرَ له ، فلم يُمْلَكْ ، كما لو عُلِمَ مالِكُه .
النَّوع الثالث ، ما جَرَى عليه المِلْكُ فى الإسلام لِمُسْلِمٍ ، أو ذِمِّىٍّ غيرِ مُعَيَّنٍ ، فظاهِرُ كلام الخِرَقِىِّ أنَّها لا تُمْلَكُ بالإحْياءِ . وهو إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ عن أحمدَ ، نَقَلَها عنه أبو دَاوُدَ ، وأبو الحارِثِ ، ويوسفُ بن موسى ؛ لما رَوَى كَثِيرُ بن عبدِ الله بن عَوْفٍ ، عن أبِيهِ ، عن جَدِّه ، قال : سَمِعْتُ رسولَ الله ﷺ ، يقول : « مَنْ أحيَا / أرْضًا مَوَاتًا ، فِى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِىَ لَهُ »(9) . فقَيَّدَه بكَوْنِه فى غيرِ حَقِّ مُسْلِمٍ . ولأنَّ هذه الأرْضَ لها مالِكٌ ، فلم يَجُزْ إحْياؤُها ، كما لو كان مُعَيَّنًا ، فإنَّ مالِكَها إن كان له وَرَثَةٌ فهى لهم ، وإن لم يكُنْ له وَرَثَةٌ ، وَرِثَها المسلِمُونَ . والرِّواية الثانية ، أنَّها تُمْلَكُ

١٣٣/٥

(7 – 7) سقط من : الأصل .
(8) أخرجه أبو عبيد ، فى : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين فى إقطاعها ... ، الأموال ٢٧٢ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب لا يترك ذمى يحييه ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٣/٦ .
(9) أخرجه البخارى ، فى : باب من أحيا أرضا مواتا ، من كتاب الحرث . صحيح البخارى ١٣٩/٣ ، ١٤٠ .
والبيهقى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد ... ، من كتاب إحياء الموت . السنن الكبرى ١٤٢/٦ .

بالإِحْياءِ . نَقَلَها صالِحٌ وغيرُه . وهو مذهبُ أبي حنيفةَ ، ومالِكٍ ؛ لِعُمُومِ الأَخْبارِ ، ولأنَّها أَرْضٌ مَوَاتٌ ، لا حَقَّ فيها لِقَوْمٍ بأَعْيانِهِم ، أَشْبَهَتْ ما لم يَجْرِ عليه مِلْكُ مالِكٍ ، ولأنَّها إن كانت في دارِ الإسلامِ ، فهي كلُقَطَةِ دارِ الإسلامِ ، وإن كانت في دارِ الكُفْرِ ، فهي كالرِّكَازِ .

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنا بين دارِ الحَرْبِ ودارِ الإسلامِ ؛ لِعُمُومِ الأَخْبارِ ، ولأنَّ عامِرَ دارِ الحَرْبِ إنَّما يُمْلَكُ بالقَهْرِ والغَلَبَةِ ، كسائِرِ أَمْوَالِهم ، فأمَّا ما عُرِفَ أنَّه كان مَمْلُوكًا ، ولم يُعْلَمْ له مالِكٌ مُعَيَّنٌ ، فهو على الرِّوَايَتَيْنِ . فإن قيل : فهذا مِلْكُ كافِرٍ غيرُ مُحْتَرَمٍ ، فأَشْبَه دِيَارَ عَادٍ ، وقد دَلَّ عليه قولُه عليه السلام : « عَادِىُّ الْأَرْضِ لِلّٰهِ ولِرَسُولِه » . ولأنَّ الرِّكَازَ من أَمْوَالِهم ، ويَمْلِكُه واجِدُه ، فهذا أَوْلَى . قُلْنا : قولُه : « عَادِىُّ الأَرْضِ » . يَعْنِى ما تَقَدَّمَ مِلْكُه ، ومَضَتْ عليه الأَزْمانُ ، وما كان كذلك فلا حُكْمَ لمالِكِه . فأمَّا ما قَرُبَ مِلْكُه ، فيَحْتَمِلُ أنَّ له مالِكًا باقِيًا ، وإن لم يَتَعَيَّنْ ، فلهذا قُلْنا : لا يُمْلَكُ . على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وأمَّا الرِّكَازُ ، فإنَّه يُنقَلُ ويُحَوَّلُ ، وهذا بخِلَافِ[10] الأَرْضِ ، بِدَلِيلِ أنَّ لُقَطَةَ دَارِ الإسلامِ تُمْلَكُ بعدَ التَّعْرِيفِ ، بخِلَافِ الأَرْضِ .

فصل : ولا فَرْقَ بين المُسْلِمِ والذِّمِّىِّ في الإِحْياءِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقال مالِكٌ : لا يَمْلِكُ الذِّمِّىُّ بالإِحْياءِ في دارِ الإسلامِ . قال القاضى : وهو مذهبُ جَماعةٍ من أصْحابِنا ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَوَتَانُ الْأَرْضِ لِلّٰهِ ولِرَسُولِه ، ثُمَّ هِىَ لَكُمْ مِنِّى »[11] . فجَمَعَ المَوَتانَ ، وجَعَلَه[12] لِلْمُسْلِمِينَ . ولأنَّ مَوَتانَ الدَّارِ من حُقُوقِها ، والدَّارُ لِلْمُسلمين ، فكان مَوَاتُها لهم ، كمَرَافِقِ المَمْلُوكِ . ولَنا ، عُمُومُ

---

(10) في الأصل : « يخالف » .

(11) أخرجه البيهقى ، في : باب لا يترك ذمى يحييه ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ٦/١٤٣ .

(12) في الأصل : « ثم جعله » .

قولِ النبيِّ ﷺ : « مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِىَ لَهُ » . ولأنَّ هذه جِهَةٌ من جِهاتِ التَّمْلِيكِ ، فاشْتَرَكَ فيها المُسْلِمُ والذِّمِّىُّ ، كسَائِرِ جِهَاتِه . وحَدِيثُهم لا نَعْرِفُه ، إنَّما نَعْرِفُ قَوْلَه : « عَادِىُّ الْأَرْضِ للهِ ولِرَسُولِه ، ثُمَّ هُوَ لَكُمْ بَعْدُ ، ومَن أَحْيَا مَوَاتًا مِنَ الْأَرْضِ ، فَلَهُ دَفِينُهَا »(١٣) . هكذا رَوَاهُ سَعِيدُ بن منصورٍ ، وهو مُرْسَلٌ ، رَوَاهُ طَاوُسٌ ، عن النبىِّ ﷺ . ثم لا يَمْتَنِعُ أن يُرِيدَ بقَوْلِه : « هِىَ لَكُمْ » . أى لأَهْلِ دارِ الإسلامِ ، والذِّمِّىُّ من / أَهْلِ الدَّارِ ، تَجْرِى عليه أحْكَامُها . وقولُهم : إنَّها من حُقُوقِ دارِ(١٤) الإسلامِ . قُلْنا : وهو من أَهْلِ الدّارِ ، فيَمْلكُها(١٥) ، كما يَمْلِكُها بالشِّرَاءِ ، ويَملِكُ مُبَاحَاتِها ، من الحَشِيشِ والحَطَبِ والصُّيُودِ والرِّكَازِ والمَعْدِنِ واللُّقَطَةِ ، وهى من مَرَافِقِ دارِ الإسلامِ .

١٣٣/٥ ظ

فصل : وما قَرُبَ من العامِرِ ، وتَعَلَّقَ بمَصَالِحِه ، من طُرُقِه ، ومَسِيلِ مائِه ، ومُطَّرَحِ قُمامَتِه ، ومُلْقَى تُرَابِه وآلاتِه ، فلا يجوزُ إحْياؤُه ، بغيرِ خِلَافٍ فى المَذْهَبِ . وكذلك ما تَعَلَّقَ بمَصَالِحِ القَرْيةِ ، كفِنَائِها ، ومَرْعَى ماشِيَتِها ، ومُحْتَطَبِها ، وطُرُقِها ، ومَسِيلِ مائِها ، لا يُمْلَكُ بالإحْياءِ . ولا نَعْلَمُ فيه أيضا خِلَافًا بين أَهْلِ العِلْمِ . وكذلك حَرِيمُ البِئْرِ والنَّهْرِ والعَيْنِ ، وكلُّ مَمْلُوكٍ لا يجوزُ إحْياءُ ما تَعَلَّقَ بمَصَالِحِه ؛ لقولِه عليه السلامُ : « مَن أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِى غَيرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِىَ لَهُ » . مَفْهُومُه أنَّ ما تَعَلَّقَ به حَقُّ مُسْلِمٍ لا يُمْلَكُ بالإحْياءِ ، ولأنَّه تابعٌ لِلْمَمْلُوكِ ، ولو جَوَّزْنا إحْياءَه ، لَبَطَلَ المِلْكُ فى العامِرِ على أَهْلِه . وذَكَرَ القاضى أنَّ هذه المَرَافِقَ لا يَمْلِكُها المُحْيِى بالإحْياءِ ، لكنْ هو أحَقُّ بها من غيرِه ؛ لأنَّ الإحْياءَ الذى هو سَبَبُ المِلْكِ لم يُوجَدْ فيها . وقال الشافِعِىُّ : يَمْلِكُ بذلك . وهو ظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ فى حَرِيمِ البِئْرِ ؛ لأنَّه مَكانٌ اسْتَحَقَّهُ بالإحْياءِ ، فمَلَكَهُ ، كالمُحْيِى ، ولأنَّ مَعْنَى المِلْكِ مَوْجُودٌ فيه ، لأنَّه يَدْخُلُ مع الدَّارِ فى البَيْعِ ، ويَخْتَصُّ به صَاحِبُها . فأمَّا ما قَرُبَ من العامِرِ ، ولم يَتَعَلَّقْ

---

(١٣) فى ب ، م : « رقبتها » .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١٥) فى ب ، م : « فيمتلكها » .

بمَصَالِحِه ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، يجوزُ إحْياؤُه . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى الصَّقْرِ ، فى رَجُلَيْنِ أحْيَيَا قِطْعَتَيْنِ من مَوَاتٍ ، وبَقِيَتْ بينهما رُقْعَةٌ ، فجاءَ رَجُلٌ لِيُحْيِيَها ، فليس لهما مَنْعُه . وقال فى جَبَّانةٍ بين قَرْيَتَيْنِ : مَن أحْيَاها ، فهى له . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لِعُمُوم قولِه عليه السلامُ : « مَنْ أَحْيَا أرْضًا مَيتَةً فَهِىَ لَهُ » . ولأنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَ بِلَالَ ابن الحارِثِ المُزَنِىِّ العَقِيقَ[16] ، وهو يَعْلَمُ أنَّه بين عِمَارَةِ المَدِينَةِ . ولأنَّه مَوَاتٌ لم يَتَعَلَّقْ به[17] مَصْلَحَةُ العامِرِ ، فجازَ إحْياؤُه ، كالبَعِيدِ . والرواية الثانية ، لا يجوزُ إحياؤُه . وبه قال أبو حنيفةَ ، واللَّيْثُ ؛ لأنَّه فى مَظِنَّةِ تَعَلُّقِ المَصْلَحةِ به ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يَحْتاجَ إلى فَتْحِ بابٍ فى حائِطِه إلى فِنَائِه ، ويَجْعَلَه طَرِيقًا ، أو يَخْرَبَ حائِطُه ، فيَضَعَ آلاتِ البِنَاءِ فى فِنَائِه ، وغير ذلك ، و لم يَجُزْ تَفْوِيتُ ذلك عليه ، بخِلَافِ البَعِيدِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا حَدَّ يَفْصِلُ بين القَرِيبِ والبَعِيدِ سِوَى العُرْفِ . وقال اللَّيْثُ : حَدُّه غَلْوَةٌ ، وهى خُمْسُ الفَرْسَخِ . وقال أبو حنيفةَ : حَدُّ البَعِيدِ هو / الذى إذا وَقَفَ الرَّجُلُ فى أدْنَاه ، فصَاحَ بأعْلَى صَوْتِه ، لم يَسْمَعْ أدْنَى أهْلِ المِصْرِ إليه . ولَنا ، أنَّ التَّحْدِيدَ لا يُعْرَفُ إلَّا بالتَّوْقِيفِ ، ولا يُعْرَفُ بالرَّأْيِ والتَّحَكُّمِ ، و لم يَرِدْ من الشَّرْعِ فى ذلك[18] تَحْدِيدٌ ، فوَجَبَ أن يُرْجَعَ فى ذلك إلى العُرْفِ ، كالقَبْضِ والإِحْرازِ . وقولُ مَن حَدَّدَ هذا تَحَكُّمٌ بغير دَلِيلٍ ، وليس ذلك أَوْلَى من تَحْدِيدِه بشىءٍ آخَرَ ، كمِيلٍ ونِصْفِ مِيلٍ ، ونحو ذلك . وهذا التَّحْدِيدُ الذى ذَكَرَاه - واللهُ أعلمُ - مُخْتَصٌّ بما قَرُبَ من المِصْرِ أو القَرْيةِ ، ولا يجوزُ أن يكونَ حَدًّا لكلِّ ما قَرُبَ من عامِرٍ ، لأنَّه يُفْضِى إلى أنَّ من أحْيَا أرْضًا فى مَوَاتٍ ، حَرُمَ إحْياءُ شىءٍ من ذلك المَوَاتِ على غيرِه ، ما لم يَخْرُجْ عن ذلك الحَدِّ .

١٣٤/٥ و

فصل : وجَمِيعُ البِلَادِ فيما ذَكَرْناه سَوَاءٌ ، المَفْتُوحُ عَنْوَةً كأرْضِ الشَّامِ

---

(١٦) انظر ما تقدم فى : ٤/٢٤٠ ، ٢٤١ . وما يأتى فى صفحة ١٥٣ .

(١٧) فى الأصل زيادة : « حق » .

(١٨) فى ب ، م : « لذلك » .

والعِرَاقِ ، وما أَسْلَمَ أهلُه[١٩] عليه كالمَدِينَةِ ، وما صُولِحَ أَهْلُه على أَنَّ الأَرْضَ لِلْمُسْلِمِينَ كأَرْضِ خَيْبَرَ ، إِلَّا الذى صُولِحَ أَهْلُه على أن الأَرْضَ لهم ولَنا الخَرَاجُ عنها ، فإنَّ أصْحَابَنا قالوا : لو دَخَلَ فيها[٢٠] مُسْلِمٌ ، فأَحْيَا فيها مَوَاتًا ، لم يَمْلِكْهُ ؛ لأنَّهم صُولِحُوا فى بِلَادِهِم ، فلا يجوزُ التَّعَرُّضُ لشىءٍ منها ، عامِرًا كان أو مَوَاتًا ، لأنَّ المَوَاتَ تابعٌ لِلْبَلَدِ ، فإذا لم يَمْلِكْ عليهم البَلَدَ لم يَمْلِكْ مَوَاتَه . ويُفارِقُ دارَ الحَرْبِ ، حيث يَمْلِكُ مَوَاتَها ؛ لأنَّ دارَ الحَرْبِ على أصْلِ الإِبَاحَةِ ، وهذه صَالَحْناهُم على تَرْكِها لهم ، فحُرِّمَتْ علينا . ويَحْتَمِلُ أن يَملِكَها مَنْ أحْيَاها ؛ لِعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّها من مُبَاحاتِ دَارِهم ، فجازَ أن يَمْلِكَها مَنْ وُجِدَ منه سَبَبُ تَمَلُّكِها ، كالحَشِيشِ والحَطَبِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه ليس فى السَّوَادِ مَوَاتٌ . يَعْنِى سَوَادَ العِرَاقِ . قال القاضى : هذا مَحْمولٌ على العامِرِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ قال ذلك ، لِكَوْنِ السَّوَادِ كان مَعْمُورًا كلّه فى زَمَنِ عمرَ بن الخَطَّابِ ، وحين أخَذَه المُسلِمُونَ من الكُفَّارِ ، حتى بَلَغَنا أنَّ رَجُلًا منهم سَأَلَ أن يُعْطَى خَرِبَةً ، فلم يَجِدُوا له خَرِبَةً . فقال : إنَّما أرَدْتُ أن أُعْلِمَكُمْ كيف أخَذْتُمُوهَا مِنَّا . وإذا لم يكُنْ فيها مَوَاتٌ حين مَلَكَها المُسْلِمُونَ ، لم يَصِرْ فيها مَوَاتٌ بعدَه ، لأنَّ ما دَثَرَ[٢١] من أمْلاكِ المُسْلِمِينَ لم يَصِرْ مَوَاتًا ، على إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ .

فصل : وإن تَحَجَّرَ رجلٌ[١٩] مَوَاتًا ، وهو أن يَشْرَعَ فى إحْيائِه ، مثل إن أدَارَ حَوْلَ الأَرْضِ تُرَابًا أو أحْجَارًا ، أو حَاطَها بحائِطٍ صغيرٍ[٢٢] ، لم يمْلِكْها بذلك ؛ لأنَّ المِلْكَ بالإِحْياءِ ، وليس هذا بإحْيَاءٍ ، لكن يَصِيرُ أحَقَّ النَّاسِ به ؛ لأنَّه رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ / أنه قال : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ [٢٣]أحَقُّ به[٢٣] » . رَوَاهُ ٥/١٣٤ ظ

---

(١٩) سقط من : ب ، م .

(٢٠) فى الأصل : « إليها » .

(٢١) فى الأصل : « دبر » .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣ - ٢٣) فى الأصل : « له » .

أبو داوُدَ[٢٤] . فإن نَقَلَه إلى غيرِه ، صارَ الثانى بمَنْزِلَتِه ؛ لأنَّ صاحِبَه أقامَه مُقامَه . وإن ماتَ ، فوَارِثُه أحَقُّ به ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا ، أو مَالًا ، فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ »[٢٥] . فإن باعَهُ ، لم يَصِحَّ بَيْعُه ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه ، فلم يَمْلِكْ بَيْعَه ، كحَقِّ الشُّفْعَةِ قبلَ الأخذِ به ، وكمَن سَبَقَ إلى مَعْدِنٍ أو مُباحٍ قبلَ أخْذِه . قال أبو الخَطَّابِ : ويَحْتَمِلُ جَوازَ بَيْعِه ؛ لأنَّه له ، فإن سَبَقَ غيرُه فأحْيَاهُ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، أنَّه يَمْلِكُه ؛ لأنَّ الإحْياءَ يُمْلَكُ به ، والتَّحَجُّرَ[٢٦] لا يُمْلَكُ به ، فثَبَتَ المِلْكُ بما يُمْلَكُ به دُونَ ما لم يُمْلَكْ به ، كمَن سَبَقَ إلى مَعْدِنٍ أو مَشْرَعَةِ ماءٍ ، فجاءَ غيرُه ، فأزَالَه وأخَذَه . والثانى ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّ مَفْهُومَ قولِه عليه السلامُ : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَيْتةً لَيْسَتْ لأحَدٍ » وقوله : « فى حَقِّ غيرِ مُسْلِمٍ ، فَهِىَ لَهُ »[٢٧] . أنَّها لا تكونُ له إذا كان لِمُسْلِمٍ فيها

---

(٢٤) فى : باب فى انقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١٥٨ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من أحيا أرضا ميتة ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ٦/١٤٢ . والطبرانى فى المعجم الكبير ١/٢٥٥ .

(٢٥) أخرجه البخارى ، فى : باب الدين ، من كتاب الكفالة ، وفى : باب الصلاة على من ترك دينا ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب قول النبى : من ترك كلا أو ضياعا فإلىّ ، من كتاب النفقات ، وفى : باب قول النبى ﷺ من ترك مالا فلأهله ، وباب ميراث الأسير ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٣/١٢٨ ، ١٥٥ ، ٧/٨٧ ، ٨/١٨٧ ، ١٩٣ ، ١٩٤ . ومسلم ، فى : باب من ترك مالًا فلورثته ، من كتاب الفرائض . صحيح مسلم ٣/١٢٣٧ ، ١٢٣٨ . وأبو داود ، فى : باب فى ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض ، وفى : باب فى أرزاق الذرية ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١١١ ، ١٢٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الصلاة على المديون ، من أبواب الجنائز ، وفى : باب ما جاء من ترك مالا فلورثته ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٤/٢٩١ ، ٨/٢٣٩ . والنسائىّ ، فى : باب الصلاة على من عليه دين ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٤/٥٣ ، وابن ماجه ، فى : باب من ترك دينا أو ضياعا فعلى الله وعلى رسوله ، من كتاب الصدقات ، وفى : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/٨٠٧ ، ٩١٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٩٠ ، ٤٥٣ ، ٤٥٦ ، ٣/٢٩٦ ، ٣٧١ ، ٤/١٣١ .

(٢٦) فى ب ، م : « والحجر » .

(٢٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٥ ، ١٤٦ .

حَقٌّ . وكذلك قوله : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » . ورَوَى سَعِيدٌ ، فى « سُنَنِه » أنَّ عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : مَنْ كانتْ له أرْضٌ – يَعْنِى مَنْ تَحجَّرَ أرْضًا – فعَطَّلَها ثَلاثَ سِنِينَ ، فجاءَ قَوْمٌ فعَمَرُوهَا ، فهم أحَقُّ بها . وهذا يَدُلُّ على أنَّ من عَمَرَها قبل ثَلاث سِنِينَ لا يَمْلِكُها ؛ لأنَّ الثانى أحْيَا فى حَقِّ غيرِه ، فلم يَمْلِكْه ، كما لو أحْيَا ما يَتعَلَّقُ به مَصَالِحُ مِلْكِ غيره ، ولأنَّ حَقَّ المُتَحجِّرِ أسْبَقُ ، فكان أوْلَى ، كَحَقِّ الشَّفِيعِ يُقَدَّمُ على شِراءِ المُشْتَرِى . فإن طَالَتِ المُدَّةُ عليه ، فيَنْبَغِى أن يقولَ له السُّلْطانُ : إمَّا أن تُحْيِيَهُ ، أو تَتْرُكَه لِيُحْيِيَه غيرُك . لأنَّه ضَيَّقَ على النَّاسِ فى حَقٍّ مشْتَرَكٍ بينهم ، فلم يُمكَّنْ من ذلك ، كما لو وَقَفَ فى طَرِيقٍ ضَيِّقٍ ، أو مَشْرَعةِ ماءٍ ، أو مَعْدِنٍ لا يَنْتَفِعُ به[28] ، ولا يَدَعُ غيرَه يَنْتَفِعُ . فإن سَأَلَ الإمْهَالَ لِعُذْرٍ له ، أُمْهِلَ الشَّهْرَ والشَّهْرَيْنِ ، ونحوَ ذلك . فإن أحْياهُ غيرُه فى مُدَّةِ المُهْلَةِ ؛ ففيه الوَجْهانِ اللَّذان ذَكَرْناهُما . وإن تَقَضَّت المُدَّةُ و لم يُعمِّرْ ، فلِغَيْرِه أن يُعَمِّرَهُ ويَمْلِكَهُ ؛ لأنَّ المُدَّةَ ضُرِبَتْ له لِيَنْقَطِعَ حَقُّه بمُضِيِّها ، وسواءٌ أَذِنَ له السُّلْطانُ فى عِمارَتها ، أو لم يَأْذَنْ له . وإن لم يكنْ لِلمُتَحجِّرِ عُذْرٌ فى تَرْكِ العِمارَةِ ، قيل له : إمَّا أن تُعَمِّرَ ، وإما أن تَرْفَعَ يَدَكَ ، فإن لم يُعَمِّرْهَا ، كان لغيرِه عِمارَتُها ، فإن لم يُقَلْ له شىءٌ ، واسْتَمَرَّ تَعْطِيلُها ، فقد ذَكَرْنا عن عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ مَنْ تَحجَّرَ أرْضًا فعَطَّلَها ثَلاثَ سِنِينَ ، فجاءَ قَوْمٌ فعَمَرُوهَا ، فهم أحَقُّ بها . ومذهبُ الشَّافِعِىِّ فى هذا كلِّه نحوُ ما ذَكَرْنا .

فصل : وللإمَامِ إقْطَاعُ المَوَاتِ لمن يُحْيِيه ، فيكونُ بِمَنْزِلَةِ المُتَحجِّرِ الشارِعِ فى الإحْياءِ ؛ لما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَ بِلالَ بن الحارثِ العَقِيقَ أجْمَعَ / ، فلما كان عمرُ قال لِبِلَالٍ : إن رسولَ الله ﷺ لم يُقْطِعْكَ لِتَحِيزَهُ عن النَّاسِ ، إنَّما أقْطَعَكَ لِتُعَمِّرَ ، فَخُذْ منها ما قَدَرْتَ على عِمارَته ، ورُدَّ الباقِى . رَواه أبو عُبَيْدٍ ، فى « الأمْوالِ »[29] .

١٣٥/٥ و

---

(٢٨) سقط من : ب ، م .

(٢٩) فى : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٣ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من أقطع قطيعة أو تحجر أرضا ... ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ١٤٩/٦ . وانظر ما تقدم فى صفحة ١٥٠ .

وذَكَرَ سَعِيدٌ ، فى « سُنَنِه » : حَدَّثَنا عبدُ العَزِيزِ بن محمدٍ ، عن رَبِيعَةَ ، قال : سَمِعْتُ الحارثَ بن بِلَالِ بن الحارثِ ، يقول : إنَّ رسولَ الله ﷺ أَقْطَعَ بِلَالَ بن الحارثِ العَقِيقَ ، فلما وَلِىَ عمرُ بن الخَطَّابِ ، قال : ما أَقْطَعَكَ[30] لِتَحْتَجِنَهُ ، فأَقْطِعْهُ النَّاسَ . ورَوَى عَلْقَمَةُ بن وائلٍ ، عن أَبِيه ، أنَّ النبىَّ ﷺ أَقْطَعَه أَرْضًا بِحَضْرَمَوْتَ[31] . قال التِّرمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وقال سَعِيدٌ : حَدَّثَنا سُفْيَانُ ، عن ابن أبى نُجَيْحٍ ، عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ أَقْطَعَ ناسًا مِن[32] جُهَيْنَةَ أو مُزَيْنَةَ أَرْضًا ، فعَطَّلُوها ، فجاءَ قَوْمٌ فأَحْيَوْهَا ، فخَاصَمَهُم الذين أَقْطَعَهُم رسولُ الله ﷺ إلى عمرَ بن الخَطَّابِ ، فقال عمرُ : لو كانت قَطِيعةً مِنِّى أو من أبى بَكْرٍ لم أَرُدَّها ، ولكنها قَطِيعةٌ من رَسُولِ الله ﷺ ، فأنا أَرُدُّها ، ثم قال عمرُ رَضِىَ الله عنه : مَن كانت له أَرْضٌ - يَعْنِى من تَحَجَّرَ أَرْضًا - فعَطَّلَهَا ثَلَاثَ سِنِينَ ، فجاءَ قَوْمٌ فَعَمَرُوها ، فهم أَحَقُّ بها[33] .

٩١٤ - مسألة ؛ قال : (إلَّا أنْ تَكُونَ أَرْضَ مِلْحٍ أوْ مَاءً لِلْمُسْلِمِينَ فِيهِ الْمَنْفَعَةُ ، فَلَا يَجُوزُ أنْ يَنْفَرِدَ بِهَا الْإِنْسَانُ)

وجملةُ ذلك ، أنَّ المَعادِنَ الظَّاهِرَةَ ، وهى التى يُوصَلُ إلى ما فيها من غيرِ مُؤْنَةٍ ، يَنْتَابُها الناسُ ، ويَنْتَفِعُونَ بها ، كالمِلْحِ ، والماءِ ، والكِبْرِيتِ ، والقِيرِ[1] ،

---

(٣٠) فى الأصل : « أقطعته » .

(٣١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/ ١٥٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٥١ ، ١٥٢ . والدارمى ، فى : باب فى القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/ ٢٦٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/ ٣٩٩ .

(٣٢) سقط من : ب ، م .

(٣٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه من الأجر ، من كتاب إحياء الموات . السنن الكبرى ٦/ ١٤٨ . وحميد بن زنجويه ، فى : باب إحياء الأرض وإحيازها .. ، من كتاب أحكام الأرضين وإقطاعها .... الأموال ٢/ ٦٤٤ .

(١) القير : الزفت .

والمُومِيَاءِ[٢] ، والنِّفْطِ ، والكُحْلِ ، والبِرَامِ [٣] ، واليَاقُوتِ ، ومَقَاطِعِ [٤] الطِّينِ ، وأشْبَاهِ ذلك ، لا تُمْلَكُ بالإحْياءِ ، ولا يجوزُ إقْطَاعُها لأحدٍ من النّاسِ ، ولا احْتِجَازُها دُونَ المُسْلِمِينَ ؛ لأن فيه ضَرَرًا بالمُسْلِمينَ ، وتَضْيِيقًا عليهم ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَ أبْيَضَ بن حَمَّالٍ مَعْدِنَ المِلْحِ ، فلما قِيلَ له : إنَّه بمَنْزِلَةِ الماءِ العِدِّ[٥] . رَدَّهُ . كذا قال أحمدُ . ورَوَى أبو عُبَيْدٍ ، وأبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ[٦] ، بإسْنادِهم ، عن أبْيَضَ بن حَمَّالٍ ، أنَّه اسْتَقْطَعَ رسولَ اللهِ ﷺ المِلْحَ الذى[٧] بمَأْرِب ، فلما وَلَّى ، قيل : يا رسولَ الله : أتَدْرِى ما أقْطَعْتَ له ؟ إنَّما أقْطَعْتَ[٨] الماءَ العِدَّ . فرَجَعَه منه . قال : قلتُ : يا رسولَ الله ، ما يُحْمَى من الأَرَاكِ ؟ قال : « مَا لَمْ تَنَلْهُ[٩] أخْفَافُ الإبِلِ » . وهو حَدِيثٌ غَرِيبٌ . ورُوِى فى لَفْظٍ عنه ، أنَّه قال : « لَا حِمَى فِى الأَرَاكِ » . ورَوَاهُ سَعِيدٌ ، فقال : حَدَّثَنِى إسْمَاعِيلُ بن عَيَّاشٍ ، عن عَمْرِو بن قَيسٍ المَأْرِبِىِّ[١٠] ، عن أبِيه ، عن أبْيَضَ / بن حَمَّالٍ المَأْرِبىِّ[١١] قال : اسْتَقْطَعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ مَعْدِنَ المِلْحِ ١٣٥/٥ ظ

(٢) موميا : مادة تجمد فتصير قارا تفوح منه رائحة الزفت المخلوط بالماء ، تلطخ به أجساد الموتى حتى تحفظ ولا تتغير . الجامع لمفردات الأدوية ٤/٦٩ .

(٣) البرام : القدور من الحجارة .

(٤) فى الأصل : « ومقالع » .

(٥) العِدّ : الجارى .

(٦) أخرجه أبو عبيد ، فى : باب الإقطاع ، من كتاب أحكام الأرضين . الأموال ٢٧٥ ، ٢٧٦ . وأبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/١٥٥ ، ١٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القطائع ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٤٩ ، ١٥٠ . وابن ماجه ، فى : باب إقطاع الأنهار والعيون ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/٨٢٧ . والدارمى ، فى : باب فى القطائع ، من كتاب البيوع . سنن الدرامى ٢/٢٦٨ .

(٧) سقط من : ا ، م .

(٨) فى ا ، م : « أقطعت له » .

(٩) فى الأصل : « تبله » .

(١٠) فى الأصل : « المازنى » . وانظر المشتبه للذهبى ٥٦٤ .

(١١) فى الأصل : « المازنى » . وانظر ما سبق .

بمَأْرِب ، فأَقْطَعَنِيه ، فقِيلَ : يا رسولَ الله ، إنَّه بمَنْزِلَةِ الماءِ العِدِّ . يَعْنِى أنَّه لا يَنْقَطِعُ . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « فَلَا إِذَنْ » . ولأنَّ هذا تَتَعَلَّقُ به مَصالِحُ المُسْلِمينَ العامَّةُ[12] ، فلم يَجُزْ إحْياؤُه ، ولا إقْطَاعُه ، كمَشَارِعِ الماءِ ، وطُرُقاتِ المُسْلِمينَ . و[12]قال ابنُ عَقِيلٍ : هذا من مَوادِّ اللهِ الكَرِيمِ ، وفَيْضِ جُودِه الذى لا غَنَاءَ عنه ، فلو مَلَكَهُ أحَدٌ بالاحْتِجازِ ، مَلَكَ مَنْعَه ، فضَاقَ على الناسِ ، فإن أخَذَ العِوَضَ عنه أغْلاه ، فخَرَجَ عن المَوْضِعِ الذى وَضَعَه اللهُ ، من تَعْمِيمِ ذَوِى الحَوائجِ[13] من غيرِ كُلْفَةٍ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . ولا أعْلَمُ فيه مُخَالِفًا .

فصل : فأمَّا المَعَادِنُ الباطِنَةُ ، وهى التى لا يُوصَلُ إليها إلَّا بالعَمَلِ والمُؤْنَةِ ، كمَعَادِنِ الذَّهَبِ ، والفِضَّةِ ، والحَدِيدِ ، والنُّحَاسِ ، والرَّصَاصِ ، والبَلُّورِ ، والفَيْرُوزَجِ ، فإذا كانت ظاهِرَةً ، لم تُمْلَكْ أيضا بالإحْياءِ ؛ لما ذَكَرْنا فى التى قَبْلَها . وإن لم تكُنْ ظاهِرَةً ، فحَفَرَها إنسانٌ وأظْهَرَها ، لم يَمْلِكْها[14] بذلك ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ، وظاهِرِ مَذْهَبِ الشافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَها بذلك . وهو قولٌ لِلشّافِعِىِّ ؛ لأنَّه مَوَاتٌ لا يُنْتَفَعُ به إلَّا بالعَمَلِ والمُؤْنةِ ، فمُلِكَ بالإحْياءِ ، كالأرْضِ ، ولأنَّه بإظْهَارِه تَهَيَّأَ للانْتِفاعِ به ، من غيرِ حاجةٍ إلى تَكْرارِ ذلك العَمَلِ ، فأشْبَهَ الأرْضَ إذا جاءَها بماءٍ أو حَاطَها . وَوَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّ الإحْياءَ الذى يَمْلِكُ به ، هو العِمَارَةُ التى تَهَيَّأُ بها المُحْيِى لِلانْتِفاعِ من غيرِ تَكْرارِ عَمَلٍ ، وهذا حَفْرٌ وتَخْرِيبٌ[15] ، يَحْتاجُ إلى تَكْرارٍ عندَ كل انْتِفَاعٍ . فإن قِيلَ : فلو احْتَفَرَ بِئْرًا مَلَكَها ، ومَلَكَ حَرِيمَها . قُلْنا : البِئْرُ تَهَيَّأَتْ لِلانْتِفاعِ بها من غيرِ تَجْدِيدِ حَفْرٍ ولا عِمَارَةٍ ، وهذه المَعادِنُ تَحْتاجُ عند كلِّ انْتِفاعٍ إلى عَمَلٍ وعِمَارَةٍ ، فافْتَرَقَا . قال أصْحابُنا : وليس للإمَامِ إقْطَاعُها ؛

(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) فى الأصل : « الحاجة » .

(١٤) فى ب ، م : « تملك » .

(١٥) فى ب ، م : « وتخريبه » .

لأنَّها لا تُمْلَكُ بالإحْياءِ . والصَّحِيحُ جَوَازُ ذلك ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ أقْطَعَ لِبلاَلِ بن الحارِثِ مَعَادِنَ الْقَبَلِيَّةِ ، جَلْسِيَّهَا وغَوْرِيَّهَا[16] . [17]رواه أبو داوُدَ ، وغيرُه[17] .

فصل : ومن أحْيَا أرْضًا ، فمَلَكَها بذلك ، فظَهَرَ فيها مَعْدِنٌ ، مَلَكَهُ ظاهِرًا كان أو باطِنا ، إذا كان من المَعَادِنِ الجامِدَةِ ؛ لأنَّه مَلَكَ الأرْضَ بجَمِيعِ أجْزَائِها وطَبَقاتِها ، وهذا منها . ويُفَارِقُ الكَنْزَ ؛ فإنَّه مُودَعٌ فيها ، وليس من أجْزَائِها . ويُفارِقُ ما إذا كان ظاهِرًا قبلَ إحْيائِها ؛ لأنَّه قَطَعَ عَن المسلمين نَفْعًا كان واصِلًا إليهم ، ومَنَعَهُم انْتِفاعًا كان لهم ، وهٰهُنا لم يَقْطَعْ عنهم شيئًا ؛ لأنَّه إنَّما ظَهَرَ بإظْهَارِه له . ولو تَحَجَّرَ الأرْضَ ، أو أُقْطِعَها ، /فظَهَرَ فيها المَعْدِنُ قبلَ إحْيائِها ، لَكان له إحْيَاؤُها ، ويَمْلِكُها بما فيها ؛ لأنَّه صارَ أحَقَّ به بِتَحَجُّرِه وإقْطاعِه ، فلم يَمْنَعْ من إتْمامِ حَقِّه . وأما المَعَادِنُ الجارِيَةُ ، كالقَارِ ، والنِّفْطِ ، والماءِ ، فهل يَمْلِكُها مَنْ ظَهَرَتْ فى مِلْكِه ؟ فيه رِوَايَتانِ ؛ أظْهَرُهما ، لا يَمْلِكُها ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فى ثَلاثٍ : فِى الْمَاءِ ، والْكَلأِ ، والنَّارِ »[18] . رَوَاهُ الخَلَّالُ . ولأنَّها ليستْ من أجْزاءِ الأرْضِ ، فلم يَمْلِكْها بمِلْكِ الأرْضِ ، كالكَنْزِ . والثانية ، يَمْلِكُها ؛ لأنَّها خارِجَةٌ من أرْضِه المَمْلُوكَةِ له ، فأشْبَهَتِ الزَّرْعَ والمَعَادِنَ الجامِدَةَ .

١٣٦/٥ و

فصل : ولو شَرَعَ إنْسانٌ فى حَفْرِ مَعْدِنٍ ، ولم يَصِلْ إلى النَّيْلِ ، صارَ أحَقَّ به ، كالمُتَحَجِّرِ الشارِعِ فى الإحْياءِ ، فإذا وَصَلَ إلى النَّيْلِ صارَ أحَقَّ بالأخْذِ منه ، ما دام مُقِيمًا على الأخْذِ منه ، وهل يَمْلِكُه بذلك ؟ فيه ما قد ذَكَرْنا من قبلُ . وإن حَفَرَ آخَرُ من ناحِيَةٍ أخرى ، لم يكُنْ له مَنْعُه . وإذا وَصَلَ إلى ذلك العِرْقِ ، لم يكُنْ له مَنْعُه ، سواءٌ

---

(16) الجلسى : ما كان من أرض نجد . والغورى : ما كان من بلاد تهامة .

(17 – 17) سقط من : ب ، م .

وتقدم تخريجه فى : ٢٤٠/٤ ، ٢٤١ .

(18) تقدم تخريجه فى : ١٤٦/٦ .

قُلْنا : إنَّ المَعْدِنَ يُملَكُ بحَفْرِه . أو لم نَقُلْ ؛ لأنَّه إن مَلَكَه ، فإنَّما يَمْلِكُ المَكانَ الذى حَفَرَه ، وأمَّا العِرْقُ الذى فى الأرْضِ فلا يَمْلِكُه بذلك . ومَنْ وَصَلَ إليه من جِهَةٍ أخرى ، فله أخْذُه . ولو ظَهَرَ فى مِلْكِه مَعْدِنٌ ، بحيثُ يَخْرُجُ النَّيْلُ عن أرْضِه ، فحَفَرَ إنْسانٌ من خارِجِ أرْضِه ، كان له أن يَأْخُذَ ما خَرَجَ عن أرْضِه منه ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه ، إنَّما مَلَكَ ما هو من أجْزاءِ أرْضِه ، وليس لأحَدٍ أن يَأْخُذَ ما كان داخِلًا فى أرْضِه من أجْزاءِ الأرْضِ الباطِنَةِ ، كما لا يَمْلِكُ أخْذَ أجْزائِها الظاهِرَةِ . ولو حَفَرَ كافِرٌ فى دارِ الحَرْبِ مَعْدِنًا ، فوَصَلَ إلى النَّيْلِ ، ثم فَتَحَها المسلمون عَنْوةً ، لم تَصِرْ غَنِيمَةً ، وكان وُجُودُ عَمَلِه وعَدَمُه واحِدًا ؛ لأنَّ عامِرَه لم يَمْلِكْهُ بذلك ، ولو مَلَكَه فإنَّ الأرْضَ كلها تَصِيرُ وَقْفًا لِلمسلمين ، وهذا يَنْصَرِفُ إلى مَصْلَحةٍ من مَصَالِحِهم ، فتُعَيَّنُ لها ، كما لو ظَهَرَ بِفِعْلِ اللهِ تعالى .

فصل : ولو كان فى المَوَاتِ مَوْضِعٌ يُمْكِنُ أن يَحْدُثَ فيه مَعْدِنًا ظَاهِرًا ، كمَوْضِعٍ على شاطئِ[19] البَحْرِ ، إذا صارَ[20] فيه ماءُ البَحْرِ صارَ مِلْحًا ، مُلِكَ بالإحياءِ ، وجازَ للإمَامِ إقْطَاعُه ؛ لأنَّه لا يُضَيِّقُ على المسلمين بإحْدَاثِه ، بل يَحْدُثُ نَفْعُه بِفِعْلِه ، فلم يُمْنَعْ منه ، كبَقِيَّةِ المَوَاتِ ، وإحْيَاءُ هذا بتَهْيِئَتِه لما يَصْلُحُ له ، من حَفْرِ تُرَابِه ، وتَمْهِيدِه ، وفَتْحِ قَنَاةٍ إليه تَصُبُّ الماءَ فيه ؛ لأنَّه يَتَهَيَّأُ بهذا الانْتِفاعُ به .

فصل : ومَنْ مَلَكَ مَعْدِنًا ، فعَمِلَ فيه غيرُه بغيرِ إذْنِه ، فما حَصَلَ منه فهو لِمَالِكِه ، ولا أجْرَ لِلغاصِبِ على عَمَلِه ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مِلْكِ / غيرِه بغيرِ إذْنِه ، أشْبَهَ ما لو حَصَدَ زَرْعَ غيرِه [21]بغيرِ إذْنِه[21] . وإن قال مالِكُه : اعْمَلْ فيه ، ولك ما يَخْرُجُ منه . فله ذلك ، ولا شىءَ لِصَاحِبِ المَعْدِنِ فيه ؛ لأنَّه إباحَةٌ من مالِكِه ، فمَلَكَ ما أخَذَه ، كما لو أباحَهُ الأخْذَ من دارِه أو بُسْتَانِه . وإن قال : اعْمَلْ فيه ، على أنَّ ما رَزَقَ اللهُ من نَيْلٍ

١٣٦/٥ ظ

---

(١٩) فى الأصل : « شط » .

(٢٠) فى الأصل : « حصل » .

(٢١ - ٢١) سقط من : ب ، م .

كان بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ . فعَمِلَ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، يجوزُ ، وما يَأْخُذُه يكونُ بينهما . كما لو قال له : احْصُدْ هذا الزَّرْعَ بنِصْفِه أو ثُلُثِه . ولأنَّها عَيْنٌ تُنَمَّى بالعَمَلِ عليها ، فصَحَّ العَمَلُ فيها بِبَعْضِه ، كالمُضَارَبةِ فى الأَثْمانِ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ ما يَحْصُلُ منه مَجْهُولٌ ، ولأنَّه لا يَصِحُّ أن يكونَ إجَارَةً ؛ لأنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ ، والعَمَلَ مَجْهُولٌ ، ولا جَعالَةً ؛ لأنَّ العِوَضَ مَجْهُولٌ ، ولا مُضَارَبةً ؛ لأنَّ المُضَارَبةَ إنَّما تَصِحُّ بالأَثْمانِ ، على أن يُرَدَّ رَأْسَ المالِ ، وتكونَ له حِصَّةٌ من الرِّبْحِ ، وليس ذلك هٰهُنا . وفارَقَ حَصَادَ الزَّرْعِ بِنِصْفِه أو جُزْءٍ منه ؛ لأَنَّ الزَّرْعَ مَعْلُومٌ بالمُشَاهَدَةِ ، وما عُلِمَ جَمِيعُه عُلِمَ جُزْؤُه ، بخِلَافِ هذا . وإن قال : اعْمَلْ فيه كذا ، ولك ما يَحْصُلُ منه ، بِشَرْطِ أن تُعْطِيَنِى أَلْفًا . أو شَيْئًا مَعْلُومًا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه بَيْعٌ لِمَجْهُولٍ ، ولا يَصِحُّ أن يكونَ مُعَامَلةً كالمضَارَبةِ ، لما ذَكَرْنا ، ولأنَّ المُضَارَبةَ تكونُ بِجُزْءٍ من النَّمَاءِ ، لا دَرَاهِمَ مَعْلُومَة . قال أحمدُ : إذا أخَذَ مَعْدِنًا من قَوْمٍ ، على أن يَعْمُرَه ، ويَعْمَلَ فيه ، ويُعْطِيَهُم أَلْفَى مَنًّا[٢٢] وأَلْفَ مَنًّا صُفْرًا . فذلك مَكْرُوهٌ[٢٣] ولم يُرَخِّصْ فيه .

فصل[٢٤] : إذا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْفِرَ له عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ، فى دَورٍ كذا ، بِدِينَارٍ . صَحَّ ؛ لأنَّها إجَارَةٌ مَعْلُومةٌ . وإن ظَهَرَ عِرْقُ ذَهَبٍ ، فقال : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتُخْرِجَهُ بدِينَارٍ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ العَمَلَ مَجْهُولٌ . وإن قال : إن اسْتَخْرَجْتَهُ فلك دِينَارٌ . صَحَّ ، ويكونُ جَعَالةً ؛ لأنَّ الجَعَالةَ تَصِحُّ على عَمَلٍ مَجْهُولٍ ، إذا كان العِوَضُ مَعْلُومًا .

فصل : ومن سَبَقَ فى المَوَاتِ إلى مَعْدِنٍ ظاهِرٍ أو باطِنٍ ، فهو أحَقُّ بما يَنالُ منه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلى مَالَمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسلِمٌ ، فَهُوَ لَه »[٢٥] . فإن أخَذَ قَدْرَ حاجَتِه ، وأرَادَ الإقَامَةَ فيه بحيث يَمْنَعُ غيرَه ، مُنِعَ منه ؛ لأنَّه يُضَيِّقُ على الناسِ ما لا نَفْعَ

---

(٢٢) المنا : كيل أو ميزان .

(٢٣) فى ب ، م : « المكروه » .

(٢٤) لم يرد هذا الفصل فى : الأصل .

(٢٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٢ .

فيه ، فأشْبَهَ مالو وَقَفَ فى مَشْرَعةِ الماءِ لغيرِ حاجةٍ . وإن أطَالَ المُقَامَ والأخْذَ ، احْتَمَلَ أن يُمْنَعَ ؛ لأنَّه يَصِيرُ كالمُتَملِّكِ له . واحْتَمَلَ أن لا يُمْنَعَ ؛ لإطْلَاقِ الحَدِيثِ . وإن اسْتَبَقَ إليه اثْنانِ ، وضَاقَ المكانُ عنهما ، أُقْرِعَ بينهما ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لأحَدِهِما على صاحِبِه . ويَحْتَمِلُ أن يُقْسَمَ بينهما ؛ لأنَّه يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، وقد تَسَاوَيا فيه ، فيُقْسَمُ بينهما ، كما لو تَدَاعيَا عَيْنًا فى أيْدِيهِما ولا بَيِّنَةَ لأحَدِهِما بها . ويَحْتَمِلُ أن يُقَدِّمَ الإمَامُ مَنْ يَرَى منهما ؛ لأنَّ له نَظَرًا . وذَكَرَ القاضى وَجْهًا رابعًا ، وهو أنَّ الإمامَ يَنْصِبُ مَن يَأْخُذُ لهما ، ويَقْسِمُ بينهما . وهذا التَّفْصِيلُ مذهبُ الشَّافِعِىِّ .

١٣٧/٥ و

فصل : وما نَضَبَ عنه الماءُ من الجَزَائِرِ ، لم يُمْلَكْ بالإحْياءِ . قال أحمدُ ، فى /رِوَايةِ العَبّاسِ ابن موسى[٢٦] : إذا نَضَبَ الماءُ عن جَزِيرَةٍ ، إلى قَناةِ[٢٧] رَجُلٍ ، لم يَبْنِ فيها ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا ، وهو أنَّ الماءَ يَرْجِعُ . يعنى أنَّه يَرْجِعُ إلى ذلك المكانِ ، فإذا وَجَدَه مَبْنِيًّا ، رَجَعَ إلى الجانِبِ الآخَرِ ، فأضَرَّ بأهْلِه . ولأنَّ الجَزَائِرَ مَنْبِتُ الكَلَأِ والحَطَبِ ، فجَرَتْ مَجْرَى المَعَادِنِ الظاهِرَةِ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « لَا حِمًى فِى الْأَرَاكِ »[٢٨] . وقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ حَرْبٍ : يُرْوَى عن عمرَ ، أنَّه أبَاحَ[٢٩] الجَزَائِرَ . [٣٠]يَعْنِى أبَاحَ ما يَنْبتُ[٣٠] فى الجَزائِرِ من النَّباتِ ، وقال : إذا نَضَبَ الفُرَاتُ عن شىءٍ ، ثم نَبَتَ فيه[٣١] نَبَاتٌ ، فجاءَ رَجُلٌ فمنَع[٣٢] الناسَ منه ، فليس له ذلك . فأمَّا إن غَلَبَ الماءُ على مِلْكِ إنْسانٍ ، ثم عادَ فنَضَبَ عنه ، فله أخْذُه ، فلا يَزُولُ مِلْكُه بغَلَبَةِ الماءِ عليه . وإن

---

(٢٦) العباس بن محمد بن موسى الخلال ، بغدادى ، من أصحاب الإمام أحمد الأولين ، الذين كان يعتد بهم ، وله مسائل عن أبى عبد الله ، يقول فيها : قبل الحبس وبعده . طبقات الحنابلة ١/٢٣٩ .

(٢٧) فى ب ، م : « فناء » .

(٢٨) تقدم فى صفحة ١٥٥ .

(٢٩) فى الأصل زيادة : « ما نبت » .

(٣٠ - ٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) فى ب ، م : « عن » .

(٣٢) فى ب ، م : « يمنع » .

كان ما نَضَبَ عنه الماءُ لا يَنْتَفِعُ به أحدٌ ، فعَمَرَهُ رَجُلٌ عِمارَةً لا تَرُدُّ الماءَ ، مثل أن يَجْعَلَه مَزْرَعةً ، فهو أحَقُّ به من غيرِه ؛ لأنَّه مُتَحَجِّرٌ لما ليس لِمُسْلِمٍ فيه حَقٌّ ، فأشْبَهَ التَّحجُّرَ فى المَوَاتِ .

فصل : وما كان من الشَّوارِعِ والطُّرُقاتِ والرِّحَابِ بين العُمْرَانِ ، فليس لأحدٍ إحْياؤُه ، سواءٌ كان واسِعًا أو ضَيِّقًا ، وسواءٌ ضَيَّقَ على الناسِ بذلك[٣٣] أو لم يُضَيِّقْ ؛ لأنَّ ذلك يَشْتَرِكُ فيه المُسْلِمُونَ ، وتَتَعَلَّقُ به مَصْلَحَتُهُم ، فأشْبَهَ مَسَاجِدَهم . ويجوزُ الارْتِفاقُ بالقُعُودِ فى الواسعِ من ذلك لِلْبَيْعِ والشِّراءِ ، على وَجْهٍ لا يُضَيِّقُ على أحدٍ ، ولا يَضُرُّ بالمارَّةِ ؛ لِاتِّفاقِ أهْلِ الأمْصارِ فى جَمِيعِ الأعْصارِ على إقْرَارِ الناسِ على ذلك ، من غيرِ إنْكارٍ ، ولأنَّه ارْتِفاقٌ مُبَاحٌ من غيرِ إضْرَارٍ ، فلم يُمْنَعْ منه ، كالاجْتِيَازِ ، قال أحمدُ ، فى السّابِقِ إلى دَكَاكِينِ السُّوقِ غُدْوَةً : فهو له إلى اللَّيْلِ . وكان هذا فى سُوقِ المَدِينةِ فيما مَضَى . وقد قال النبىُّ ﷺ : « مِنًى مُنَاخُ مَنْ سَبَقَ »[٣٤] . وله أن يُظَلِّلَ على نَفْسِه ، بما لا ضَرَرَ فيه ، من بَارِيَّةٍ[٣٥] ، وتَابُوتٍ ، وكِسَاءٍ ، ونحوِه ؛ لأنَّ الحاجةَ تَدْعُو إليه من غيرِ مَضَرَّةٍ فيه . وليس له البِنَاءُ لا دَكَّةً ولا غيرَها ؛ لأنَّه يُضَيِّقُ على الناسِ ، ويَعْثُرُ به المارَّةُ باللَّيْلِ ، والضَّرِيرُ فى اللَّيْلِ والنَّهارِ ، ويَبْقَى على الدَّوَامِ ، فربما ادَّعَى مِلْكَه بِسَبَبِ ذلك . والسابِقُ أحَقُّ به مادامَ فيه ، فإن قامَ وتَرَكَ مَتَاعَهُ فيه ، لم يَجُزْ لغيرِه إزَالَتُه ؛ لأنَّ يَدَ الأوَّلِ عليه ، وإن نَقَلَ مَتَاعَهُ ، كان لغيرِه أن يَقْعُدَ فيه ؛ لأنَّ يَدَهُ قد زَالَتْ . وإن قَعَدَ وأطَالَ ، مُنِعَ من ذلك ؛ لأنَّه يَصِيرُ كالمُتَمَلِّكِ ، ويَخْتَصُّ بِنَفْعٍ يُسَاوِيه غيرُه فى اسْتِحْقاقِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُزَالَ ؛ لأنَّه سَبَقَ إلى ما / لم يَسْبِقْ إليه مُسْلِمٌ . وإن اسْتَبَقَ اثْنانِ إليه ، احْتَمَلَ أن يُقْرَعَ بينهما ، واحْتَمَلَ أن يُقَدِّمَ الإمَامُ مَنْ يَرَى منهما . وإن كان الجالسُ

١٣٧/٥ ظ

---

(٣٣) سقط من : ب ، م .

(٣٤) تقدم تخريجه فى : ٣٦٧/٦ .

(٣٥) البارية : الحصير .

يُضَيِّقُ على المارَّةِ ، لم يَحِلَّ له الجُلُوس فيه ، ولا يَحِلُّ للإمَامِ تَمْكِينُه بعِوَضٍ ، ولا غيرِه . قال أحمدُ : ما كان يَنْبَغِي لنا أن نَشْتَرِىَ من هؤلاءِ الذين يَبِيعُونَ على الطَّرِيقِ . قال القاضِى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّ الطَّرِيقَ ضَيِّقٌ ، أو يكونُ يُؤْذِى المارَّةَ ؛ لما تَقَدَّمَ ذِكْرُناله . وقال : لا يُعْجِبُنِى الطَّحْنُ فى العُرُوبِ إذا كانت فى طَرِيقِ النَّاسِ . وهو السُّفُنُ التى يُطْحَنُ فيها فى الماءِ الجارِى . إنَّما كَرِهَ ذلك ، لِتَضْيِيقِها طَرِيقَ السُّفُنِ المارّةِ فى الماءِ . قال أحمدُ : ربَّما غَرِقَتِ السُّفُنُ ، فأرَى لِلرَّجُلِ أن يَتوقَّى الشِّرَاءَ ممَّا يُطْحَنُ بها .

فصل : فى القَطَائِعِ ، وهى ضَرْبانِ ؛ أحدُهما ، إقْطَاعُ إرْفاقٍ ، وذلك إقْطَاعُ مَقَاعِدِ السُّوقِ ، والطُّرُقِ الواسِعَةِ ، ورِحَابِ المَسَاجِدِ ، التى ذَكَرْنا أنَّ لِلسَّابِقِ إليها الجُلُوسَ فيها[٣٦] ، فلِلإمَامِ إقْطَاعُها لمن يَجْلِسُ فيها ؛ لأنَّ له فى ذلك اجْتِهادًا ، من حيثُ إنَّه لا يجوزُ الجُلُوسُ إلَّا فيما لا يَضُرُّ بالمارَّةِ ، فكان للإمَامِ أن يُجْلِسَ فيها مَنْ لا يَرَى أنَّه يتضَرَّرُ بجُلُوسِهِ . ولا يَمْلِكُها المُقْطَعُ بذلك ، بل يكونُ أحَقَّ بالجُلُوسِ فيها من غيرِه ، بمَنْزِلَةِ السّابِقِ إليها من غيرِ إقْطاعٍ ، سواءً ، إلَّا فى شىءٍ واحِدٍ ، وهو أنَّ السَّابِقَ إذا نَقَلَ مَتَاعَه عنها ، فلغيرِه الجُلُوسُ فيها ؛ لأنَّ استِحْقَاقَه لها بسَبْقِه إليها ، ومُقَامِه فيها ، فإذا انْتَقَلَ عنها ، زالَ استِحْقَاقُه ، لِزَوَالِ المَعْنَى الذى استَحَقَّ به ، وهذا استَحَقَّ بإقْطَاعِ الإمَامِ ، فلا يَزُولُ حَقُّه بِنَقْلِ مَتَاعِه ، ولا لغَيْرِه[٣٧] الجُلُوسُ فيه ، وحُكْمُه فى التَّظْلِيلِ على نَفْسِهِ بما ليس بِنَاءً ، ومَنْعِه من البِنَاءِ ، ومَنْعِه إذا طالَ مُقَامُه ، حُكْمُ السّابِقِ ، على ما أسْلَفْناهُ . الثانى ، إقْطاعُ مَوَاتٍ من الأرْضِ لمن يُحْيِيها ، فيجوزُ ذلك ؛ لما رَوَى وائِلُ بن حُجْرٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أقْطَعَه أرْضًا ، فأرْسَلَ مُعَاوِيَةَ أن « أعْطِهِ إيَّاهُ ، أو أعْلِمْهُ إيَّاهُ » . حَدِيثٌ صَحِيحٌ[٣٨] . وأقْطَعَ بِلَالَ بنَ الحارِثِ

---

(٣٦) سقط من : ب ، م .

(٣٧) فى ب ، م : « يضره » .

(٣٨) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٣ .

الْمُزَنِىّ [٣٩] ، وأبيضَ بن حمالٍ المَأْرِبِىّ [٤٠] ، وأَقْطَعَ الزُّبَيْرَ حُضْرَ فَرَسِهِ[٤١] ، فأَجْرَى فَرَسَهُ حتى قام ورَمَى بِسَوْطِه ، فقال : « أعْطُوه من حيث وَقَعَ السَّوْطُ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، وأبو دَاوُدَ[٤٢] . وذَكَرَ البُخَارِىُّ [٤٣] ، عن أنسٍ قال : دَعَا رسولُ اللهِ ﷺ الأنصارَ لِيُقْطِعَ لهم بالبَحْرَيْنِ[٤٤] . فقالوا : يا رسولَ الله : إن فَعَلْتَ ، فَاكْتُبْ لإخوانِنَا من قُرَيْشٍ بمِثْلِها . ورُوِىَ أن أبا بكرٍ أقطعَ طَلْحَةَ بن عُبَيْدِ اللهِ أرْضًا ، وأن عُثْمانَ أَقْطَعَ خَمْسَةً من أصْحابِ النبىِّ ﷺ ؛ / الزُّبَيْرَ ، وسَعْدًا ، وابنَ مسعودٍ ، وأُسَامةَ بن زَيْدٍ ، وخبَّابَ بنَ الأَرَتِّ . ويُرْوَى عن نافِعٍ أبى عبدِ الله ، أنَّه قال لِعُمَرَ : إنَّ قِبَلَنا أرْضًا بالبَصْرَةِ ، ليست من أرْضِ الخَرَاجِ ، ولا تَضُرُّ بأحَدٍ من المسلمين ، فإن رَأَيْتَ أن تُقْطِعَنِيها أتَّخِذُ فيها قَصِيلًا[٤٥] لِخَيْلِى ، فَافْعَلْ . قال : فكَتَبَ عمرُ إلى أبى موسى : إن كانت كما يقولُ ، فأقْطِعْها إيَّاه . رَوَى هذه الآثارَ كلَّها أبو عُبَيْدٍ ، فى « الأمْوالِ »[٤٦] . ورَوَى سَعِيدٌ ، عن سُفْيانَ ، عن أبى نُجَيْحٍ ، عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ أَقْطَعَ ناسًا من جُهَيْنَةَ أو مُزَيْنةَ أرْضًا[٤٧] . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ مَن أَقْطَعَهُ الإمَامُ شيئا من المَوَاتِ ، لم يَمْلِكْهُ بذلك ، لكن يَصِيرُ أحَقَّ به ، كالمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فى الإحْياءِ ، بِدَلِيلِ ما ذَكَرْنا من حَدِيثِ بِلَالِ بن الحارِثِ ، حيث استَرْجَعَ

١٣٨/٥ و

---

(٣٩) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٤ .

(٤٠) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٥ .

(٤١) حضر فرسه : عدوها ، أى قدر ما تعدو عدوة واحدة .

(٤٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إقطاع الأرضين ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٥٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٦/٢ .

(٤٣) فى : باب القطائع ، وباب كتابة القطائع ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ١٥٠/٣ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١١١/٣ .

(٤٤) فى الأصل : « البحرين » .

(٤٥) القصيل : ما اقتصل من الزرع أخضر .

(٤٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٣ .

(٤٧) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٤

عمرُ منه ما عَجَزَ عن إحْيائِه من العَقِيق ، الذى أقْطَعَه إيَّاهُ رسولُ الله ﷺ[48] ، ولو مَلَكَه لم يَجُزْ اسْتِرْجاعُه . ورَدَّ عُمَرُ أيضًا قَطِيعَةَ أبى بَكْرٍ لِعُيَيْنَةَ بن حِصْنٍ ، فسأَلَ عُيَيْنَةُ أبا بَكرٍ أن يُجَدِّدَ له كِتَابًا فقال : واللهِ لا أُجَدِّدُ شيئا رَدَّهُ عمرُ . رَوَاهُ أبو عُبَيْدٍ[49] . لكنَّ المُقْطَعَ يَصِيرُ أحَقَّ به من سائِرِ الناسِ ، وأَوْلَى بإحْيائِه ، فإنْ أحْيَاهُ ، وإلَّا قال له السُّلْطانُ : إن أحْيَيْتَه ، وإلَّا فارْفَعْ يَدَكَ عنه . كما قال عُمَرُ لِبلَالِ بن الحارِثِ المُزَنِىِّ : إنَّ رسولَ الله ﷺ لم يُقْطِعْكَ لِتَحْجُبَهُ دون الناسِ ، وإنَّما أقْطَعَكَ لِتُعَمِّرَ ، فخُذْ منها ما قَدَرْتَ على عِمَارَتِه ، ورُدَّ الباقِىَ . وإن طَلَبَ المُهْلةَ لِعُذْرٍ ، أُمْهِلَ بِقَدْرِ ذلك . وإن طَلَبها لغيرِ عُذْرٍ ، لم يُمْهَلْ ، على ما ذَكَرْنا فى المُتَحَجِّرِ . وإن سَبَقَ غيرُه فأحْيَاهُ قبلَ أن يُقَالَ له شىءٌ ، أو فى مُدَّةِ المُهْلَةِ ، فهل يَمْلِكُه ؟ على وَجْهَيْنِ . وقد رُوِىَ عن عَمْرِو ابن شُعَيْبٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ أقْطَعَ ناسًا من جُهَيْنةَ أو مُزَيْنَةَ أرْضًا ، فعَطَّلُوها ، فجاءَ قَوْمٌ فأَحْيَوْها ، فخاصَمَهُم الذين أقْطَعَهُم رسولُ الله ﷺ إلى عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فقال عمرُ : لو كانت قَطِيعةً مِنِّى ، أو من أبى بكرٍ ، لم أُرُدَّها ، ولكنَّها قَطِيعةٌ من رسولِ الله ﷺ ، فأنا أَرُدُّها ! فدَلَّ هذا على أنها إذا كانت قَطِيعةً من غيرِ رسولِ الله ﷺ ، فهى لمن أَحْياهَا . والثانى ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّه تَعَلَّقَ به حَقُّ المُقْطَعِ ، ومَفْهُومُ قولِه عليه السلام : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَيْتةً فِى غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ ، فَهِىَ لَهُ » . أنَّه إذا / تَعَلَّقَ بها حَقُّ مُسْلِمٍ ، لم يَجُزْ إحْيَاؤُها . وقد ذَكَرْنا الوَجْهَيْنِ فى المُتَحَجِّرِ ، وهذا مثله . ومذهبُ الشافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كنَحْوِ ما ذَكَرْنَا .

١٣٨/٥ ظ

فصل : وليس للإمَامِ إقْطَاعُ ما لا يجوزُ إحْياؤُه من المَعَادِنِ الظاهِرَةِ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لمَّا اسْتَقْطَعَهُ أبيضُ بن حَمَّالٍ المِلْحَ الذى بمَأْرِبٍ ، فقيل : يا رسولَ الله : إنَّما أقْطَعْتَه

(٤٨) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٣ .

(٤٩) الأموال ٢٧٦ ، ٢٧٧ .

الماءَ العِدَّ . رجَعَه[٥٠] منه . ولأنَّ فى ذلك تَضْيِيقًا على المسلِمينَ . وفى إقْطاعِ المَعادِنِ الباطِنَةِ وَجْهانِ ، ذَكَرْناهُما فيما مَضَى .

فصل : ولا يَنْبَغِى أن يُقْطِعَ الإمامُ أحَدًا من المَواتِ ، إلَّا ما يُمْكِنُه إحْياؤُه ؛ لأنَّ فى إقْطاعِه أكْثَرَ من ذلك تَضْيِيقًا[٥١] على الناسِ فى حَقٍّ مُشْتَرَكٍ بينهم ، بما لا فائِدَةَ فيه . فإن فَعَلَ ، ثم تَبَيَّنَ عَجْزُه عن إحْيائِه ، اسْتَرْجَعَه منه ، كما اسْتَرْجَعَ عمرُ من بِلَالِ بن الحارِثِ ما عَجَزَ [٥٢]عنه مِن[٥٢] عِمارَتِه من العَقِيقِ ، الذى أقْطَعَه إيَّاهُ رسولُ اللهِ ﷺ[٥٣] .

فصل : فى الحِمَى ، ومعناه أن يَحْمِىَ أرْضًا من المَواتِ ، يَمْنَعُ النّاسَ رَعْىَ ما فيها من الكَلَأِ ، لِيَخْتَصَّ بها دونهم . وكانت العَرَبُ فى الجاهِلِيَّةِ تَعْرِفُ ذلك ، فكان منهم مَنْ إذا انْتَجَعَ بَلَدًا أوْفَى بِكَلْبٍ على نَشْزٍ ، ثم اسْتَعْوَاهُ . ووَقَفَ له من كلِّ ناحِيَةٍ مَن يَسْمَعُ صَوْتَهُ بالعُوَاءِ ، فحيثما انْتَهَى صَوْتُه حَمَاهُ من كلِّ ناحِيَةٍ لِنَفْسِه ، ويَرْعَى مع العامَّةِ فيما سِوَاه . فنَهَى رسولُ اللهِ ﷺ عنه ؛ لما فيه من التَّضْيِيقِ على الناسِ ، ومَنْعِهم من الانْتِفاعِ بشىءٍ لهم فيه حَقٌّ . ورَوَى الصَّعْبُ بن جَثَّامَةَ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « لَا حِمًى إلّا لِلّهِ ولِرَسُولِهِ » . رَوَاه أبو دَاوُدَ[٥٤] . وقال : « النَّاسُ شُرَكَاءُ فِى ثَلَاثٍ : الْماءُ ، والنَّارُ ، والكَلأُ » رَوَاهُ الخَلَّالُ[٥٥] . وليس لأحدٍ من الناسِ سِوَى الأئِمَّةِ أن يَحْمِىَ ؛ لما ذَكَرْنا من الخَبَرِ والمَعْنَى . فأمَّا النبىُّ ﷺ ، فكان له أن يَحْمِىَ

---

(٥٠) فى ب ، م : « فأرجعه » .

(٥١) فى الأصل : « تضييعا » .

(٥٢ - ٥٢) فى ب ، م : « عن » .

(٥٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٣ .

(٥٤) فى : باب فى الأرض يحميها الإمام أو الرجل ، من كتاب الخراج . سنن أبى داود ٢/١٦٠ .
كما أخرجه البخارى ، فى : باب لا حمى إلا لله ولرسوله ، من كتاب المساقاة ، وفى : باب أهل الدار يبيتون ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٣/١٤٨ ، ٤/٧٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٨ ، ٧١ ، ٧٣ .

(٥٥) تقدم تخريجه فى : ٦/١٤٦ .

لِنَفْسِه ولِلمسلِمينَ ؛ لقولِه فى الخَبَرِ : « لَا حِمًى إلَّا للهِ ولِرَسُولِه » . لكنَّه لم يَحْمِ لِنَفْسِه شيئا ، وإنما حَمَى للمسلمين ، فقد رَوَى ابنُ عمرَ ، قال : حَمَى النبىُّ ﷺ النَّقِيعَ لِخَيْلِ المُسْلِمينَ . رَوَاهُ أبو عُبَيْدٍ[٥٦] . والنَّقِيعُ ، بالنُّونِ : مَوْضِعٌ يُنْتَقَعُ فيه الماءُ ، فيَكْثُرُ[٥٧] فيه الخِصْبُ ، لِمَكانِ ما يَصِيرُ فيه من الماءِ . وأمَّا سائِرُ أئِمَّةِ المسلمين ، فليس لهم أن يَحْمُوا لأنْفُسِهِم شيئا ، ولكنْ لهم أن يَحْمُوا مَواضِعَ لِتَرْعَى فيها خَيْلُ المُجاهِدِينَ ، ونَعَمُ الجِزْيَةِ ، وإبِلُ / الصَّدَقةِ ، وضَوَالُّ الناسِ التى يَقُومُ الإمامُ بحِفْظِها ، وماشِيَةُ الضَّعِيفِ من الناسِ ، على وَجْهٍ لا يَسْتَضِرُّ به مَنْ سِوَاه من الناس . ١٣٩/٥ و

وبهذا قال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ فى صَحِيحِ قَوْلَيْهِ ، وقال فى الآخَرِ : ليس لغيرِ النبىِّ ﷺ أن يَحْمِىَ ؛ لقولِه : « لَا حِمًى إلَّا للهِ ولِرَسُولِهِ » . ولَنا ، أنَّ عمرَ وعثمانَ حَمَيَا ، واشْتَهَرَ ذلك فى الصَّحابةِ ، فلم يُنْكَرْ عليهما ، فكان إجْماعا . ورَوَى أبو عُبَيْدٍ[٥٨] ، بإسْنادِه عن عامِرِ بن عبدِ اللهِ بن الزُّبَيْرِ ، أحْسَبُه عن أبِيه ، قال : أتَى أعْرَابِىٌّ عمرَ ، فقال : يا أمِيرَ المُؤْمِنِينَ ، بِلَادُنا قاتَلْنا عليها فى الجاهِلِيَّةِ ، وأسْلَمْنا عليها فى الإسْلامِ ، عَلَامَ تَحْمِيهَا ؟ فأطْرَقَ عمرُ ، وجَعَلَ يَنْفُخُ ، ويَفْتِلُ شارِبَهُ ، وكان إذا كَرَبَهُ أمْرٌ فَتَلَ شارِبَهَ ، ونَفَخَ . فلمَّا رَأى الأعْرَابِىُّ ما به جَعَلَ يُرَدِّدُ ذلك ، فقال عمرُ : المالُ مالُ اللهِ ، والعِبادُ عِبادُ اللهِ ، واللهِ لولا ما أحْمِلُ عليه فى سَبِيلِ اللهِ ما حَمَيْتُ شِبْرًا من الأرْضِ فى شِبْرٍ . وقال مالِكٌ : بَلَغَنِى أنَّه كان يَحْمِلُ فى كلِّ عامٍ على أرْبَعِينَ ألْفًا من الظَّهْرِ . وعن أسْلَمَ ، قال : سَمِعْتُ عمرَ يقول لِهُنَىٍّ حين اسْتَعْمَلَه على حِمَى الرَّبَذَةِ[٥٩] : يا هنىّ ، أضْمُمْ جَنَاحَكَ عن الناسِ ، واتَّقِ دَعْوَةَ المَظْلُومِ فإنَّها مُجَابَةٌ . وأدْخِلْ رَبَّ الصَّرِيمَةِ والغَنِيمَةِ ، ودَعْنِى من نَعَمِ ابنِ عَوْفٍ ونَعَمِ ابنِ عَفَّانَ ،

---

(٥٦) فى : باب حمى الأرض ذات الكلأ أو الماء . الأموال ٢٩٨ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٥٥ ، ١٥٧ .

(٥٧) فى الأصل : « ليكثر » .

(٥٨) فى : باب حمى الأرض ذات الكلأ أو الماء . الأموال ٢٩٩ .

(٥٩) الربذة : موضع قرب المدينة .

فإنَّهما إن هَلَكَتْ ماشِيَتُهما رَجَعَا إلى نَخْلٍ وزَرْعٍ ، وإنَّ هذا المِسْكِينَ إن هَلَكَتْ ماشِيَتُه ، جاءَ يَصْرُخُ : يا أمِيرَ المُؤْمِنِينَ . فالكَلأُ أهْوَنُ علىَّ أمْ غُرْمُ الذَّهَبِ والوَرِقِ ، إنَّها أرْضُهُم قاتَلُوا عليها فى الجاهِلِيَّةِ ، وأسْلَمُوا عليها فى الإسْلامِ ، وإنَّهم لَيَرَوْنَ أنَّا نَظْلِمُهُم ، ولولا النَّعَمُ التى يُحْمَلُ عليها فى سَبِيلِ الله ، ما حَمَيْتُ على النّاسِ من بِلَادِهم شيئًا أبَدًا . وهذا إجْماعٌ منهم . ولأنَّ ما كان لِمَصالِحِ المسلمينَ ، قامَتِ الأئِمّةُ فيه مَقَامَ رسولِ الله ﷺ ، وقد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَا أطْعَمَ اللهُ لِنَبِىٍّ طُعْمَةً إلَّا جَعَلَها طُعْمَةً لِمَنْ بَعْدَهُ »[٦٠] . وأما الخَبَرُ فمَخْصُوصٌ ، وأمَّا حِمَاهُ لِنَفْسِه ، فيُفَارِقُ حِمَى النبىِّ ﷺ لِنَفْسِه ، لأنَّ صَلاحَه يَعُودُ إلى صَلَاحِ المسلِمين ، ومالَه كان يَرُدُّه فى المسلِمين ، ففَارَقَ الأئِمَّةَ فى ذلك ، وسَاوَوْهُ فيما كان صَلَاحَ المُسْلِمينَ ، وليس لهم أن يَحْمُوا إلَّا قَدْرًا لا يُضَيِّقُ[٦١] على المسلمين ويَضُرُّ بهم ؛ لأنَّه إنَّما جازَ لما فيه من المَصْلَحةِ لما يَحْمى ، وليس من المَصْلَحةِ إدْخَالُ الضَّرَرِ على أكْثَرِ الناسِ .

فصل : وما حَمَاهُ النبىُّ ﷺ ، فليس لأحدٍ نَقْضُه ، ولا / تَغْيِيرُه ، مع بَقَاءِ الحاجةِ إليه . ومن أحْيَا منه شيئا لم يَمْلِكْه . وإن زَالَتِ الحاجَةُ إليه ، ففيه وَجْهانِ . وما حَمَاهُ غيرُه من الأئِمَّةِ ، فغَيَّرَهُ هو أو غيرُه من الأئمّةِ ، جازَ . وإن أحْيَاهُ إنْسَانٌ ، مَلَكَه ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّ حِمَى الأئِمَّةِ اجْتِهادٌ ، ومِلْكُ الأرْضِ بالإحْياءِ نَصٌّ ، والنَّصُّ يُقَدَّمُ على الاجْتِهادِ . والوَجْهُ الآخَرُ ، لا يَمْلِكُه ؛ لأنَّ اجْتِهادَ الإمَامِ لا يجوزُ نَقْضُه ، كما لا يجوزُ نَقْضُ حُكْمِه . ومذهبُ الشافِعِىِّ فى هذا على نحوِ ما قُلْنَا .

١٣٩/٥ ظ

فصل : فى أحْكامِ المِيَاهِ ، قد ذَكَرْنا فى البَيْعِ حُكْمَ مِلْكِها وبَيْعِها ، ونَذْكُرُ ههُنا حُكْمَ السَّقْىِ بها . فنقول : لا يَخْلُو الماءُ من حالَيْنِ ؛ إمَّا أن يكونَ جارِيًا ، أو واقِفًا ، فإن كان جارِيًا فهو ضَرْبانِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ فى نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، وهو قِسْمَانِ ؛

---

(٦٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب صفايا رسول الله ﷺ من الأموال ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ١٣٠/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١ .

(٦١) فى ب ، م زيادة : « به » .

أحدُهما ، أن يكون نَهْرًا عَظِيمًا ، كالنِّيلِ والفُراتِ ودِجْلَة ، وما أشْبَهَها من الأنْهارِ العَظِيمةِ ، التى لا يَسْتَضِرُّ أحدٌ بسَقْيِه منها ، فهذا لا تَزاحُمَ فيه ، ولكل أحدٍ أن يَسْقِىَ منها ما شاءَ ، متى شاءَ ، وكيف شاءَ . القسم الثانى ، أن يكون نَهْرًا صَغِيرًا يَزْدَحِمُ الناسُ فيه[٦٢] ، ويَتَشاحُّونَ فى مائِه ، أو سَيْلًا[٦٣] يَتَشاحُّ فيه أهْلُ الأرْضِ[٦٤] الشارِبَةِ منه ، فإنَّه يُبْدَأُ بمَنْ فى أوَّلِ النَّهرِ ، فيَسْقِى ويَحْبِسُ الماءَ حتى يَبْلُغَ إلى الكَعْبِ ، ثم يُرْسِلُ إلى الذى يَلِيه فيَصْنَعُ كذلك ، وعلى هذا إلى أن تَنْتَهِىَ الأراضِى كلُّها . فإن لم يَفْضُلْ عن الأوَّلِ شىءٌ ، أو عن الثانى ، أو عَمَّنْ يَلِيهم فلا شىءَ[٦٥] لِلْباقِينَ ؛ لأنَّهم[٦٦] ليس لهم إلَّا ما فَضَلَ ، فهم كالعَصَبَةِ فى المِيراثِ . وهذا قولُ فُقَهاءِ المَدِينةِ ، ومالِكٍ ، والشافِعِىِّ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالِفًا . والأصْلُ فى هذا ما رَوَى عبدُ اللهِ بن الزُّبَيْرِ ، أنَّ رَجُلًا من الأنْصارِ خاصَمَ الزُّبَيْرَ فى شِرَاجِ الحَرَّةِ ، التى يَسْقُونَ بها ، إلى النبىِّ ﷺ ، فقال ﷺ : « اسْقِ يا زُبَيْرُ ، ثُمَّ أرْسِلِ الْماءَ إلَى جارِكَ » . فغَضِبَ الأنْصارِىُّ ، وقال : يا رسولَ الله ، آنْ كان ابنَ عَمَّتِكَ ؟ فتَلَوَّنَ وَجْهُ رسولِ اللهِ ﷺ ، ثم قال : « يا زُبَيْر اسْقِ ، ثُمَّ احْبِسِ الْماءَ حَتَّى يَرْجِعَ إلَى الْجَدْرِ » . قال الزُّبَيْرُ : فواللهِ إنِّى لأحْسَبُ هٰذه الآيةَ نَزَلَتْ فيه : ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ﴾[٦٧] . مُتَّفَقٌ عليه[٦٨] . ورَوَاهُ مالِكٌ ، فى

---

(٦٢) سقط من : الأصل .

(٦٣) فى النسخ : « سيل » .

(٦٤) فى الأصل : « الأرضين » .

(٦٥) فى الأصل : « حق » .

(٦٦) فى ب ، م : « لأنه » .

(٦٧) سورة النساء ٦٥ .

(٦٨) أخرجه البخارى ، فى : باب سكر الأنهار ، وباب شرب الأعلى قبل الأسفل ، وباب شرب الأعلى إلى الكعبين ، من كتاب المساقاة ، وفى : باب إذا أشار الإمام بالصلح ... ، من كتاب الصلح ، وفى : باب ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى ١٤٥/٣ ، ١٤٦ ، ٢٤٥ ، ٥٧/٦ ، ٥٨ . ومسلم ، فى : باب وجوب اتباعه ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٢٩/٤ ، ١٨٣٠ .

=

« مُوَطَّئِه »[69] عن الزُّهْرِىِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عبدِ الله بن الزُّبَيْرِ . وذَكَرَ عنه عبدُ الرَّزَّاقِ[69] ، عن مَعْمَرٍ ، عن الزُّهْرِىِّ قال : نَظَرْنا فى قولِ النبىِّ ﷺ : « ثُمَّ احْبِسِ الْماءَ حَتَّى يَبْلُغَ إلى الجَدْرِ / » . فكان ذلك إلى الكَعْبَيْنِ . قال أبو عُبَيْدٍ : الشِّرَاجُ : جَمْعُ شَرْجٍ ، والشَّرْجُ : نَهْرٌ صَغِيرٌ ، والحَرَّةُ : أَرْضٌ مُلْتَبِسَةٌ بِحِجَارَةٍ سُودٍ ، والجَدْرُ : الجِدَارُ ، وإنَّما أمَرَ النبىُّ ﷺ الزُّبَيْرَ أن يَسْقِىَ ثم يُرْسِلَ الماءَ ، تَسْهِيلًا على غيرِه ، فلما قال الأنصارِىُّ ما قال ، اسْتَوْعَى النبىُّ ﷺ الزُّبَيْرَ حَقَّهُ . ورَوَى مالِكٌ ، فى « المُوَطَّأِ »[70] أيضا ، عن عبدِ الله بن أبى بَكْرِ بن حَزْمٍ ، أنَّه بَلَغَهُ أنَّ رسولَ الله ﷺ قال فى سَيْلِ مَهْزُورٍ ومُذَيْنِيبٍ : « يُمْسِكُ حَتَّى الكَعْبَيْنِ ، ثُمَّ يُرْسِلُ الْأَعْلَى عَلَى الْأَسْفَلِ » . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا حَدِيثٌ مَدَنِىٌّ ، مَشْهُورٌ عند أهْلِ المَدِينةِ ، مَعْمُولٌ به عندَهم . قال عبدُ المَلِكِ بن حبيبٍ : مَهْزُورٌ ومُذَيْنِيب : وادِيَانِ من أوْدِيَةِ المَدِينَةِ ، يَسِيلَانِ بالمَطَرِ ، وتَتَنافَسُ أهْلُ الحَوائِطِ فى سَيْلِهِما . ورَوَى أبو داوُدَ[71] ، بإسْنادِه عن ثَعْلَبَةَ بن أبى مالِكٍ ، أنَّه سَمِعَ كُبَراءَهُم يَذْكُرُونَ ، أنَّ رَجُلًا من قُرَيْشٍ كان له سَهْمٌ فى بَنِى قُرَيْظَةَ ، فخاصَمَ إلى رسولِ الله ﷺ فى سَيْلِ مَهْزُورٍ والسَّيْلِ الذى يَقْتَسِمُونَ ماءَه ، فقَضَى بينهم رسولُ الله ﷺ أنَّ الماءَ إلى الكَعْبَيْنِ ، لا يَحْبِسُ الأعْلَى على الأسْفَلِ . ولأنَّ مَنْ أرْضُه قَرِيبَةٌ من فُوَّهَةِ النَّهْرِ أسْبَقُ إلى الماءِ ، فكان

٥/١٤٠ و

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٨٣ ، ٢٨٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجلين يكون أحدهما أسفل من الآخر فى الماء ، من أبواب الأحكام ، عارضة الأحوذى ٦/١١٩ ، ١٢٠ . والنسائى ، فى : باب الرخصة للحاكم الأمين أن يحكم وهو غضبان ، وباب إشارة الحاكم بالرفق ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨/٢٠٩ ، ٢١٥ . وابن ماجه ، فى : باب تعظيم حديث رسول الله .... ، من المقدمة ، وفى : باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ١/٧ ، ٨ ، ٢/٨٢٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٥ .

(٦٩) لم نجده فى الموطأ ، ولا فى مصنف عبد الرزاق .

(٧٠) فى : باب القضاء فى المياه ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٤٤ .

(٧١) فى : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢/٢٨٤ .

أَوْلَى به ، كمن سَبَقَ إلى المَشْرَعَةِ ، فإن كانت أَرْضُ صاحِبِ الأَعْلَى مُخْتَلِفَةً ، منها مُسْتَعْلِيةً ومنها مُسْتَفِلَةً ، سَقَى كلَّ واحِدَةٍ منهما على حِدَتِها ، وإن اسْتَوَى اثْنانِ فى القُرْبِ من أَوَّلِ النَّهْرِ ، اقْتَسَما الماءَ بينهما إن أَمْكَنَ ، وإن لم يُمْكِنْ أُقْرِعَ بينهما ، فَقُدِّمَ مَنْ تَقَعُ له القُرْعَةُ ، فإن كان الماءُ لا يَفْضُلُ عن أحَدِهِما ، سَقَى مَن تَقَعُ له القُرْعَةُ بِقَدْرِ حَقِّه من الماءِ ، ثم تَرَكَه للآخَرِ ، وليس له أن يَسْقِىَ بجَمِيعِ الماءِ ؛ لأنَّ الآخَرَ يُساوِيه فى اسْتِحْقاقِ الماءِ ، وإنَّما القُرْعَةُ لِلتَّقْدِيمِ فى اسْتِيفاءِ الحَقِّ ، لا فى أصْلِ الحَقِّ ، بِخِلَافِ الأَعْلَى مع الأَسْفَلِ ؛ فإنَّه ليس لِلأَسْفَلِ حَقٌّ إلَّا فيما فَضَلَ على الأَعْلَى . فإن كانت أَرْضُ أحَدِهِما أكْثَرَ من أَرْضِ الآخرِ ، قُسِمَ الماءُ بينهما على قَدْرِ الأَرْضِ ؛ لأنَّ الزَّائِدَ من أَرْضِ أحَدِهما مُساوٍ فى القُرْبِ ، فاسْتَحَقَّ جُزْءًا[72] من الماءِ ، كما لو كان لِشَخْصٍ ثالِثٍ . وإن كان لِجَماعةٍ رَسْمُ شُرْبٍ ، من نِهْىٍ[73] غيرِ مَمْلُوكٍ ، أو سَيْلٍ ، وجاءَ إنْسانٌ لِيُحْيِىَ مَوَاتًا أقْرَبَ إلى رَأْسِ النَّهْرِ من أَرْضِهِم ، لم يكُنْ له أن يَسْقِىَ قَبْلَهم ؛ لأنَّهم أسْبَقُ إلى النَّهْرِ منه ، ولأنَّ من مَلَكَ أرْضًا مَلَكَها بحُقُوقِها ومَرَافِقِها ، ولا يَمْلِكُ غيرُه إبْطَالَ حُقُوقِها / ، وهذا من حُقُوقِها . وهل لهم مَنْعُه من إحْياءِ ذلك المَوَاتِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحَدُهما ، ليس لهم مَنْعُه ؛ لأنَّ حَقَّهُم فى النَّهْرِ لا فى المَوَاتِ . والثانى ، لهم مَنْعُه ، لئلَّا يَصِيرَ ذلك ذَرِيعةً إلى مَنْعِهِم حَقَّهُم من السَّقْىِ ، لِتَقْدِيمِه عليهم بالقُرْبِ إذا طالَ الزَّمانُ وجُهِلَ الحالُ . فإذا قُلْنا : ليس لهم مَنْعُه . فسَبَقَ إنْسانٌ إلى مَسِيلِ ماءٍ أو نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، فأحْيَا فى أسْفَلِه مَوَاتًا ، ثم أحْيَا آخَرُ فَوْقَه ، ثم أحْيَا ثالِثٌ فوقَ الثانى ، كان للأسْفَلِ السَّقْىُ أوَّلًا ، ثم الثانى ، ثم الثالِث ، ويُقَدَّمُ السَّبْقُ إلى الإِحْياءِ على السَّبْقِ إلى أوَّلِ النَّهْرِ ؛ لما ذكَرْنا .

(٥/١٤٠ ظ)

فصل : الضَّرْبُ الثانى ، الماءُ[74] الجارِى فى نَهْرٍ مَمْلُوكٍ ، وهو أيضا قِسْمانِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ الماءُ مُبَاحَ الأَصْلِ ، مثل أن يَحْفِرَ إنْسانٌ نَهْرًا صَغِيرًا ، يَتَّصِلُ بِنَهْرٍ

---

(٧٢) فى الأصل : « قدرا » .

(٧٣) النهى ؛ بالكسر والفتح : الغدير .

(٧٤) سقط من : الأصل .

كبيرٍ مُبَاحٍ ، فما لم يَتَّصِلِ الحَفْرُ لا يَمْلِكُه ، وإنَّما هو تَحَجُّرٌ وشُرُوعٌ فى الإِحْياءِ ، فإذا اتَّصَلَ الحَفْرُ ، كَمُلَ الإِحْياءُ ومَلَكَه ؛ لأنَّ المِلْكَ بالإِحْياءِ أن تَنْتَهِىَ العِمَارَةُ إلى قَصْدِها ، بحيث يَتَكَرَّرُ الانْتِفاعُ بها على صُورَتِها ، وهذا كذلك . وسواءٌ أجْرَى فيه الماءَ أو لم يُجْرِ ؛ لأنَّ الإِحْياءَ يَحْصُلُ بأن يُهَيِّئَهُ لِلانْتِفاعِ به دُونَ حُصُولِ المَنْفَعةِ ، فيَصِيرُ مالِكًا لِقَرارِ النَّهْرِ وحَافَّتَيْه ، وهَوَاؤُه حَقٌّ له ، وكذلك حَرِيمُه ، وهو مَلْقَى الطِّينِ من كلِّ جانِبٍ . وعند القاضِى أنَّ ذلك غيرُ مَمْلُوكٍ لِصَاحِبِ النَّهْرِ ، وإنَّما هو حَقٌّ من حُقُوقِ المِلْكِ ، وكذلك حَرِيمُ البِئْرِ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . وظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِه ؛ لقولِ رَسُولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ أحْيَا أرْضًا لَمْ تُمْلَكْ ، فَهِىَ لَهُ »[75] . وإحْياؤُها أن يُحَوِّطَ عليها حائِطًا ، أو يَحْفِرَ فيها بِئْرًا ، فيكون له خَمْسٌ وعِشْرُونَ ذِرَاعًا حَوَالَيْها ، وحَرِيمُ النَّهْرِ يَجِبُ أن يكونَ كذلك . فإذا تَقَرَّرَ هذا ، فكان النَّهْرُ لِجَماعةٍ ، فهو بينهم على حَسَبِ العَمَلِ والنَّفَقةِ ؛ لأنَّه إنَّما مُلِكَ بالعِمَارَةِ ، والعِمَارَةُ بالنَّفَقةِ ، فإن كَفَى جَمِيعَهم ، فلا كَلَامَ ، وإن لم يَكْفِهِمْ ، وتَرَاضَوْا على قِسْمَتِه بالمُهَايَأَةِ أو غيرِها ، جازَ ؛ لأنَّه حَقُّهُم ، لا يَخْرُجُ عنهم . وإن تَشَاحُّوا فى قِسْمَتِه ، قَسَمَهُ الحاكِمُ بينهم على قَدْرِ أمْلَاكِهِم ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهم يَمْلِكُ من النَّهْرِ بِقَدْرِ ذلك ، فتُؤْخَذُ خَشَبَةٌ صُلْبَةٌ ، أو حَجَرٌ مُسْتَوِى الطَّرَفَيْنِ والوَسَطِ ، فيُوضَعُ على مَوْضِعٍ مُسْتَوٍ من الأرْضِ ، فى مُقَدَّمِ الماءِ ، فيه حُزُوزٌ ، أو ثُقُوبٌ مُتَساوِيةٌ فى السَّعَةِ على قَدْرِ حُقُوقِهِم ، يَخْرُجُ من كلِّ جُزْءٍ أو ثُقْبٍ إلى ساقِيةٍ مُفْرَدَةٍ لكلِّ واحِدٍ منهم ، فإذا حَصَلَ الماءُ فى ساقِيَتِه انْفَرَدَ به ، فإن كانت أمْلاكُهُم مُخْتَلِفةً قُسِّمَ على قَدْرِ ذلك ، فإذا كان لأحَدِهِم نِصْفُه ، وللآخَرِ ثُلُثُه ، وللثالثِ[76] / سُدُسُه ، جُعِلَ فيه سِتَّةُ ثُقُوبٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ ثلاثةٌ [77] تَصُبُّ فى ساقِيَتِه ، ولِصَاحِبِ الثُّلُثِ اثْنانِ ، ولِصَاحِبِ السُّدُسِ واحِدٌ[77] . وإن كان لواحِدٍ الخُمْسانِ ، والباقِى لِاثْنَيْنِ يَتَسَاوَيانِ فيه ، جُعِلَ

١٤١/٥ و

---

(٧٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٥ .

(٧٦) فى ب ، م : « وللآخر » .

(٧٧ - ٧٧) سقط من : الأصل .

عَشرَةُ ثُقُوبٍ لِصَاحِبِ الخُمْسَيْنِ أربعةٌ تَصُبُّ فى ساقِيَتِه ، ولكلِّ واحدٍ من الآخَرَيْنِ ثلاثةٌ تَصُبُّ فى ساقِيَتِه[78] . فإن كان النَّهْرُ لِعَشَرَةٍ ، لِخَمْسَةٍ منهم أَرَاضٍ قَرِيبةٌ من أوَّلِ النَّهرِ ، ولِخَمْسَةٍ أراضٍ بَعِيدَةٌ ، جُعِلَ لأصْحابِ القَرِيبَةِ خَمْسَةُ[79] ثُقُوبٍ ، لكلِّ واحِدٍ ثُقْبٌ[80] ، وجُعِلَ لِلْبَاقِينَ خَمْسةٌ ، تَجْرِى فى النَّهْرِ حتى تَصِلَ إلى أرْضِهِم ، ثم تُقَسَّمُ بينهم قِسْمَةً أخرى . وإن أرَادَ أحَدُهُم أن يُجْرِىَ ماءَه فى سَاقِيةِ غيرِه ، لِيُقَاسِمَه فى مَوْضِعٍ آخَرَ ، لم يَجُزْ إلَّا بِرِضَاهُ ؛ لأنَّه يَتصرَّفُ فى سَاقِيَتِه ، ويَخْرُبُ حَافَّتَها بغير إذْنِه ، ويَخْلِطُ حَقَّه بحَقِّ غيرِه على وَجْهٍ لا يَتَمَيَّزُ ، فلم يَجُزْ ذلك . ويَجِىءُ على قَوْلنا : إنَّ الماءَ لا يُمْلَكُ . أنَّ حُكْمَ الماءِ فى هذا النَّهْرِ حُكْمُه فى نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، وأنَّ الأسْبَقَ أَحَقُّ بالسَّقْيِ منه ، ثم الذى يَلِيه ، على ما ذَكَرْنا ؛ لأنَّه غيرُ مَمْلُوكٍ ، فكان الأسْبَقُ إليه أحَقَّ به ، كما لو كان فى نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ . ومذهبُ الشافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ كلِّه على نحوِ ما ذَكَرْنا .

فصل : وإذا حَصَلَ نَصِيبُ إنْسانٍ فى ساقِيَتِه[81] ، فله أن يَسْقِىَ به ما شاءَ من الأرْضِ ، سواءٌ كان لها رَسْمُ شُرْبٍ من هذا النَّهْرِ ، أو لم يكُنْ . وله أن يُعْطِيَهُ مَنْ يَسْقِى به . وقال القاضِى ، وأصحابُ الشافِعِىِّ : ليس له سَقْىُ أرْضٍ ليس لها رَسْمُ شُرْبٍ فى[82] هذا الماءِ ؛ لأنَّ ذلك دَالٌّ على أنَّ لها قَسْمًا[83] من هذا الماءِ ، فرُبَّما جُعِلَ سَقْيُها منه دَلِيلًا على اسْتِحْقاقِها لذلك ، فيَسْتَضِرُّ الشُّرَكاءُ ، ويَصِيرُ هذا كما لو كان له دارٌ بَابُها فى دَرْبٍ لا يَنْفُذُ ، ودَارٌ بَابُها فى دَرْبٍ آخَرَ ، ظَهْرُها مُلَاصِقٌ لِظَهْرِ دارِه الأُولَى ، فأرَادَ تَنْفِيذَ إحْدَاهما إلى الأُخْرَى ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه يَجْعَلُ لِنَفْسِه اسْتِطْرَاقًا من كلِّ واحِدَةٍ

(78) فى ب ، م : « ساقية له » .
(79) سقط من : ب ، م .
(80) فى الأصل : « نهر » .
(81) فى ب ، م : « ساقية » .
(82) فى الأصل : « من » .
(83) فى ب ، م : « قسمان » . وفى الأصل : « قسم » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

من الدّارَيْنِ . ولَنا ، أنَّ هذا ماءٌ انْفَرَدَ باسْتِحْقاقِه ، فكان له أن يَسْقِىَ منه ما شاءَ ، كما لو انْفَرَدَ به من أصْلِه . ولا نُسَلِّمُ ما ذَكَرُوه فى الدَّارَيْنِ ، وإن سَلَّمْنا فالفَرْقُ بينهما أنَّ كلَّ دارٍ يَخْرُجُ منها [84]إلى دَرْبٍ[84] مُشْتَرَكٍ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّ لكلِّ دارٍ سُكَّانًا ، فيَجْعَلُ لِسُكَّانِ كلِّ واحِدَةٍ منهما اسْتِطْرَاقًا إلى دَرْبٍ غيرِ نافِذٍ ، لم يَكُنْ لهم حَقٌّ فى اسْتِطْرَاقِه ، وهٰهُنا إنَّما يَسْقِى من سَاقِيَتِه المُفْرَدَةِ التى لا يُشارِكُه غيرُه فيها ، فلو صارَ لِتِلْكَ الأَرْضِ رَسْمٌ من الشُّرْبِ من سَاقِيَتِه ، لم يَتَضَرَّرْ بذلك أحَدٌ . ولو كان يَسْقِى من هذا النَّهرِ بِدُولَابٍ ، فأحَبَّ أن / يَسْقِىَ بذلك الماءِ أرْضًا لا رَسْمَ لها فى الشُّرْبِ من ذلك النَّهْرِ ، فالحُكْمُ فى ذلك على ما ذَكَرْنا من الخِلَافِ فى التى قبلَها . وإن كان الدُّولابُ يَغْرِفُ من نَهْرٍ غيرِ مَمْلُوكٍ ، جازَ أن يَسْقِىَ بِنَصِيبِه من الماءِ أرْضًا لا رَسْمَ لها فى الشُّرْبِ منه ، بغير خِلَافٍ نَعْلَمُه . فإن ضاقَ الماءُ ، قُدِّمَ الأَسْبَقُ فالأَسْبَق ، على ما مَضَى .

٥/١٤١ ظ

فصل : ولكلِّ واحِدٍ منهم أن يَتَصَرَّفَ فى ساقِيَتِه المُخْتَصَّةِ به بما أحَبَّ ، من إجْرَاءِ غيرِ هذا الماءِ فيها ، أو عَمَلِ رَحًى عليها ، أو دُولابٍ ، أو عَبَّارَةٍ ، وهى خَشَبَةٌ تُمَدُّ على طَرَفَىِ النَّهرِ ، أو قَنْطَرَةٍ يَعْبُرُ الماءُ فيها ، وغيرِ ذلك من التَّصَرُّفاتِ ؛ لأنَّها مِلْكُه ، لا حَقَّ لغيرِه فيها . فأمَّا النَّهْرُ المُشْتَرَكُ ، فليس لواحِدٍ منهم أن يَتَصَرَّفَ فيه بشىءٍ من ذلك ؛ لأنَّه يَتَصَرَّفُ فى النَّهرِ المُشْتَرَكِ وفى حَرِيمِه بغيرِ إذْنِ شُرَكائِه . وقال القاضى فى العَبَّارَةِ : هذا يَنْبَنِى على الرِّوَايَتَيْنِ ، فى مَن أرادَ أن يُجْرِىَ ماءَه فى أرْضِ غيرِه . والصَّحِيحُ أنَّه لا يَجُوزُ هٰهُنا ، ولا يَصِحُّ قِيَاسُ هذا على إجْرَاءِ الماءِ فى أرْضِ غيرِه ؛ لأنَّ إجْرَاءَ الماءِ فى أرْضِ غيرِه[85] يَنْفَعُ صاحِبَها ، لأنَّه يَسْقِى عُرُوقَ شَجَرِه ، ويَشْرَبُهُ أوَّلًا وآخِرًا . وهذا[86] لا يَنْفَعُ النَّهَرَ ، بل رُبَّما أفْسَدَ حافَّتَيْه ، ولم يَسْقِ له شيئا . ولو أرادَ أحَدُ

(٨٤ – ٨٤) فى ب ، م : « درب آخر » .

(٨٥) سقط من : ب ، م .

(٨٦) فى الأصل : « ولأن هذا » .

الشُّرَكاءِ أن يَأْخُذَ من ماءِ[87] النَّهْرِ قبلَ قَسْمِه شَيْئًا يَسْقِى به أرْضًا فى أوَّلِ النَّهْرِ أو غيرِه ، أو أرَادَ إنْسانٌ غيرَهم ذلك ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّهم صَارُوا أحَقَّ بالماءِ الجارِى فى نَهْرِهم من غيرِهم ، ولأنَّ الأَخْذَ من الماءِ ربَّما احْتَاجَ إلى تَصرُّفٍ فى حَافَّةِ النَّهْرِ المَمْلُوكِ لغيرِه ، أو المُشْتَرَكِ بينه وبين غيرِه . ولو فَاضَ ماءُ هذا النَّهْرِ إلى مِلْكِ إنْسانٍ ، فهو مُبَاحٌ ، كالطَّائِرِ يُعَشِّشُ فى مِلْكِ إنْسانٍ . وهذا كله مذهبُ الشَّافِعِيِّ فيه نحوٌ ممَّا ذَكَرْنا .

فصل : وإن قَسَّمُوا ماءَ النَّهْرِ المُشْتَرَكِ بالمُهَايَأةِ ، جازَ ، إذا تَرَاضَوْا به ، وكان حَقُّ كلِّ واحدٍ منهم مَعْلُومًا ، مثل أن يَجْعَلُوا لكلِّ حِصَّةٍ يَوْمًا ولَيْلَةً ، أو أكْثَرَ من ذلك أو أقَلَّ . وإن قَسَّمُوا النَّهَارَ ، فجَعَلُوا لِوَاحِدٍ من طُلُوعِ الشَّمْسِ إلى وَقْتِ الزَّوَالِ ، وللآخرِ من الزَّوَالِ إلى الغُرُوبِ ، ونحو ذلك ، جَازَ . وإن قَسَّمُوه ساعَاتٍ ، وأمْكَنَ ضَبْطُ ذلك بشىءٍ مَعْلُومٍ ، كطَاسَةٍ مَثْقُوبةٍ تُتْرَكُ فى الماءِ ، وفيها عَلَامَاتٌ إذا انْتَهَى الماءُ إلى عَلَامةٍ كانت ساعةً ، وإذا انْتَهَى إلى الأُخْرَى كانت سَاعَتَيْنِ ، أو زُجَاجَةٍ فيها رَمْلٌ ، يَنْزِلُ من أعْلاهَا إلى أسْفَلِها فى ساعةٍ أو ساعَتَيْنِ ، ثم يَقْلِبُهَا فيَعُودُ الرَّمْلُ إلى المَوْضِعِ الذى كان فيه فى مثل ذلك المِقْدَارِ ، أو بمِيزانِ الشَّمْسِ الذى تُعْرَفُ به سَاعَاتُ النَّهَارِ ، أو بمَنَازِلِ / القَمَرِ فى اللَّيْلِ ، ونحو ذلك ، جازَ . فإذا حَصَلَ الماءُ لأَحَدِهم فى نَوْبَتِه ، فأرَادَ أن يَسْقِىَ به أرْضًا ليس لها رَسْمُ شُرْبٍ من هذا ، أو يُؤْثِرَ به إنْسانًا ، أو يُقْرِضَهُ إيَّاه ، على وَجْهٍ لا يَتَصرَّفُ فى حَافَّةِ النَّهْرِ ، جازَ . وعلى قولِ القاضى ، وأصْحابِ الشافِعِيِّ ، يَنْبَغِى أن لا يجوزَ ؛ لما تَقَدَّمَ فى مثلِ ذلك . وإن أرَادَ صاحِبُ النَّوْبةِ أن يُجْرِىَ مع مائِه ماءً له آخَرَ ، يَسْقِى به أرْضَه التى لها رَسْمُ شُرْبٍ من هذا النَّهْرِ ، أو أرْضًا له أُخْرَى ، أو سَأَلَهُ إنْسانٌ أن يُجْرِىَ ماءً له مع مائِه فى هذا النَّهْرِ ، لِيُقَاسِمَه إيَّاه فى مَوْضِعٍ آخَرَ ، على وَجْهٍ لا يَضرُّ بالنَّهْرِ ، ولا بأحَدٍ ، جازَ ذلك ، فى قِيَاسِ قولِ أصْحابِنا ؛ فإنَّهم قالوا فى مَن اسْتَأْجَرَ أرْضًا : جازَ أن يُجْرِىَ فيها ماءً فى نَهْرٍ مَحْفُورٍ ، إذا كان فيها . ولأنَّه

١٤٢/٥ و

---

(87) سقط من : ب ، م .

مُسْتَحِقٌّ لِنَفْعِ النَّهْرِ فى نَوْبَتِه بإِجْرَاءِ الماءِ ، فأَشْبَهَ ما لو اسْتَأْجَرها لذلك .

فصل : القسم الثانى ، أن يكونَ مَنْبَعُ الماءِ مَمْلُوكًا ، مثل أن يَشْتَرِكَ جَماعةٌ فى اسْتِنْباطِ عَيْنٍ وإجْرَائِها ، فإنَّهم يَمْلِكُونها أيضا ؛ لأنَّ ذلك إحْياءٌ لها ، ويَشْتَرِكُون فيها ، وفى سَاقِيَتِها ، على حَسَبِ ما أنْفقُوا عليها ، وعَمِلُوا فيها ، كما ذَكَرْنا [88] فى النَّهْرِ [88] ، فى القِسْمِ الذى قبلَ هذا ، إلَّا أنَّ الماءَ غيرُ مَمْلُوكٍ ثَمَّ ، لأنَّه مُباحٌ دَخَلَ مِلْكَه ، فأشْبَه ما لو دَخَلَ صَيْدٌ بُسْتَانَهُ ، وهٰهُنا يُخَرَّجُ على رِوَايَتَيْنِ ؛ أصَحُّهما أنَّه غيرُ مَمْلُوكٍ أيضا . وقد ذَكَرْنا ذلك . وعلى كلِّ حالٍ ، فلِكُلِّ أحدٍ أن يَسْتَقِىَ من الماءِ الجارِى لِشُرْبه ووُضُوئِه وغُسْلِه وغَسْلِ ثِيَابِه ، ويَنْتَفِعَ به فى أشْباهِ ذلك ، ممَّا لا يُؤَثِّرُ فيه ، من غيرِ إذْنِه ، إذا لم يَدْخُلْ إليه فى مكانٍ مُحَوَّطٍ عليه . ولا يَحِلُّ لِصَاحِبه المَنْعُ من ذلك ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ لا يَنْظُرُ اللهُ إلَيْهِمْ ، ولَا يُزَكِّيهِمْ ، ولَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ؛ رَجُلٌ كَانَ بِفَضْلِ ماءٍ بالطَّرِيقِ ، فمَنَعَه ابنَ السَّبِيلِ » . رَوَاهُ البُخَارِىُّ [89] ، وعن بُهَيْسَةَ [90] ، عن أَبِيهَا ، أنَّه قال : يا نَبِىَّ اللهِ ، ما الشىءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « الْمَاءُ » . قال : يا نَبِىَّ اللهِ ، ما الشىءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « المِلْحُ » . قال : يا نَبِىَّ اللهِ ، ما الشىءُ الذى لا يَحِلُّ مَنْعُه ؟ قال : « أن تَفْعَلَ الخَيْرَ خَيْرٌ لَكَ » . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ [91] . ولأنَّ ذلك لا يُؤَثِّرُ فيه [92] فى العادَةِ ، وهو فاضِلٌ عن حَاجَةِ صاحِبِ النَّهْرِ . فأمَّا ما يُؤَثِّرُ فيه ، كسَقْىِ الماشِيَةِ الكَثِيرَةِ ، ونحوِ ذلك ، فإن فَضَلَ الماءُ عن حاجَةِ صاحِبِه ، لَزِمَهُ بَذْلُه لذلك ، وإن لم يَفْضُلْ ، لم يَلْزَمْهُ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى غيرِ هذا المَوْضِعِ .

(88 – 88) سقط من : ب ، م .

(89) فى : باب إثم من منع ابن السبيل من الماء ، من كتاب المساقاة . صحيح البخارى ٣/١٤٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى منع الماء ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٤٩ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى كراهية الأيمان فى الشراء والبيع ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٤٤ .

(90) فى ا ، م : « بهية » .

(91) تقدم تخريجه فى : ٦/٣٧٨ .

(92) سقط من : ب ، م .

١٤٢/٥ ظ

فصل : إذا كان النَّهْرُ أو السَّاقِيَةُ مُشْتَرَكًا بين جَماعَةٍ ، فإن أرَادُوا إكْرَاءَهُ / أو سَدَّ بَثْقٍ فيه ، أو إصْلَاحَ حائِطِه ، أو شيءٍ منه ، كان ذلك عليهم على حَسَبِ مِلْكِهِم فيه ، فإن كان بعضُهم أدْنَى إلى أوَّلِه من بعضٍ ، اشْتَرَكَ الكُلُّ فى إكْرَائِه وإصْلَاحِه ، إلى أن يَصِلُوا إلى الأوَّلِ ، ثم لا شىءَ على الأوَّلِ ، ويَشْتَرِكُ الباقُونَ حتى يَصِلُوا إلى الثانى ، ثم يَشْتَرِكُ مَن بعدَه كذلك ، كلَّما انْتَهَى العَمَلُ إلى مَوْضِعِ واحِدٍ منهم ، لم يَكُنْ عليه فيما بعدَه شىءٌ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وحُكِىَ ذلك عن أبى حنيفةَ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَشْتَرِكُ جَمِيعُهم فى إكْرَائِه كلِّه ، لأنَّهم يَنْتفِعُون بجَمِيعِه ، فإنَّ ما جاوَزَ الأوَّلَ مَصَبٌّ لِمَائِه ، وإن لم يَسْقِ أرْضَه . ولَنا ، أنَّ الأوَّلَ إنَّما يَنْتَفِعُ بالماءِ الذى فى مَوْضِعِ شُرْبِه ، وما بعدَه إنَّما يَخْتَصُّ بالانْتِفاعِ به مَنْ دُونَه ، فلا يُشَارِكُهم فى مُؤْنَتِه ، كما لا يُشَارِكُهم فى نَفْعِه ؛ فإن كان يَفْضُلُ عن جَمِيعِهِم منه ما يَحْتاجُ إلى مَصْرِفٍ ، فمُؤْنَةُ ذلك المَصْرِفِ على جَمِيعِهم ؛ لأنَّهم يَشْتَرِكُون فى الحاجَةِ إليه ، والانْتِفَاعِ به ، فكانت مُؤْنَتُه عليهم كلِّهم ، كأوَّلِه .

٩١٥ ــ مسألة ؛ قال : (وإحْيَاءُ الأرْضِ أنْ يُحَوِّطَ عَلَيْهَا حَائِطًا)

ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ تَحْوِيطَ الأرْضِ إحْياءٌ لها ، سواءٌ أرَادَها لِلْبِنَاءِ ، أو لِلزَّرْعِ ، أو حَظِيرَةً لِلْغَنَمِ ، أو الخَشَبِ ، أو غير ذلك . ونَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ علىِّ بن سَعِيدٍ ، فقال : الإحْياءُ أن يُحَوِّطَ عليها حائِطًا ، أو يَحْفِرَ فيها بِئْرًا أو نَهْرًا . ولا يُعْتَبَرُ فى ذلك تَسْقِيفٌ ؛ وذلك لما رَوَى الحَسَنُ ، عن سَمُرَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنْ أحَاطَ حَائِطًا عَلَى أرْضٍ ، فَهِىَ لَهُ » . رَوَاه أبو دَاوُدَ ، والإمامُ أحمدُ ، فى « مُسْنَدِه »[(١)] . ويُرْوَى عن جابرٍ ، عن النبىِّ ﷺ مثلُه[(٢)] . ولأنَّ الحائِطَ حاجِزٌ مَنِيعٌ ، فكان إحْياءً ، أشْبَهَ ما لو جَعَلَها حَظِيرَةً لِلْغَنَمِ . ويُبَيِّنُ هذا أنَّ القَصْدَ لا اعْتِبارَ

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى إحياء الموات ، من كتاب الإمارة . سنن أبى داود ٢/ ١٥٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٢ ، ٢١ .

(٢) لم نجده عن جابر .

به ، بِدَلِيلِ ما لو أرادَها حَظِيرَةً لِلْغَنَمِ ، فبَنَاهَا بِجِصٍّ وآجُرٍّ ، وقَسَمَها بُيُوتًا ، فإنَّه يَمْلِكُها ، وهذا لا يُصْنَعُ لِلْغَنَمِ مثلُه . ولابُدَّ أن يكونَ الحائطُ مَنِيعًا يَمْنَعُ ما وَرَاءَه ، ويكونَ ممَّا جَرَتِ العادَةُ بمثِله . ويَخْتَلِفُ باخْتِلَافِ البُلْدانِ ، فلو كان ممَّا جَرَتْ عادَتُهُم بالحِجَارَةِ وحدَها ، كأَهْلِ حَوْرَانَ وفِلَسْطِينَ وغيرِها[٣] ، أو بالطِّينِ ، كالفَطَائِرِ لأَهْلِ غُوطَةِ دِمَشْقَ ، أو بالخَشَبِ أو بالقَصَبِ ، كأَهْلِ الغَوْرِ ، كان ذلك إحْياءً . وإن بَنَاهُ بأَرْفَعَ ممَّا جَرَتْ به عادَتُهم[٤] ، كان أَوْلَى . وقال القاضى : فى صِفَةِ الإحْياءِ رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، ما ذَكَرْنا . والثانية ، الإحْياءُ ما تَعارَفَهُ / الناسُ إحْياءً ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بتَعْلِيقِ المِلْكِ على الإحْياءِ ، ولم يُبَيِّنْه ، ولا ذَكَرَ كَيْفِيَّتَه ، فيَجِبُ الرُّجُوعُ فيه إلى ما كان إحْياءً فى العُرْفِ ، كما أنَّه لمَّا وَرَدَ باعْتِبارِ القَبْضِ والحِرْزِ ، ولم يُبَيِّنْ كَيفِيَّتَه ، كان المَرجِعُ فيه إلى العُرْفِ ، ولأنَّ الشَّارِعَ لو عَلَّقَ الحُكْمَ على مُسَمًّى باسْمٍ ، لَتَعَلَّقَ بمُسَمَّاه عندَ أهْلِ اللِّسانِ ، فكذلك يَتَعَلَّقُ الحُكْمُ بالمُسَمَّى إحْياءً عندَ أهْلِ العُرْفِ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ لا يُعَلِّقُ حُكْمًا على ما ليس إلى مَعْرِفَتِه طَرِيقٌ ، فلمَّا لم يُبَيِّنْه ، تَعَيَّنَ العُرْفُ طَرِيقًا لِمَعْرِفَتِه ، إذْ ليس له طَرِيقٌ سِواهُ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الأَرْضَ تُحْيَى دارًا لِلسُّكْنَى ، وحَظِيرَةً ، ومَزْرَعَةً ، فإحْياءُ كلِّ واحِدَةٍ من ذلك بتَهْيِئَتِها لِلانْتِفاعِ الذى أُرِيدَتْ له ، فأمَّا الدَّارُ ، فبأن يَبْنِىَ حِيطَانَها بما جَرَتْ به العادَةُ ويُسَقِّفَها[٥] ، لأنَّها لا تكونُ لِلسُّكْنَى إلَّا بذلك . وأمَّا الحَظِيرَةُ ، فإحْياؤُها بحَائِطٍ جَرَتْ به عادَةُ مثلِها ، وليس من شَرْطِها التَّسْقِيفُ ؛ لأنَّ العادَةَ ذلك من غيرِ تَسقِيفٍ ، وسواءٌ أرادَها حَظِيرَةً لِلماشِيَةِ ، أو لِلْخَشَبِ ، أو لِلْحَطَبِ ، أو نحوِ ذلك . ولو خَنْدَقَ عليها خَنْدَقًا ، لم يكُنْ إحْياءً ؛ لأنَّه ليس بحائِطٍ ولا عِمَارَةٍ ، إنَّما هو حَفْرٌ وتَخْرِيبٌ . وإن خاطَهَا بِشَوْكٍ وشِبْهِه ، لم يَكُنْ إحْياءً ، وكان تَحَجُّرًا ؛ لأنَّ المُسَافِرَ قد يَنْزِلُ

١٤٣/٥ و

---

(٣) سقط من : ب ، م .

(٤) فى ب ، م : « عادته » .

(٥) فى الأصل : « وسقفه » . وفى ب ، م : « وتسقيفها » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

مُنْزَلًا ، ويُحَوِّطُ على رَحْلِه بنحوٍ من ذلك . ولو نَزَلَ مُنْزَلًا ، فنصَبَ به بَيْتَ شَعْرٍ أو خَيْمَةً ، لم يكُنْ إحْياءً . وإن أرادَها لِلزِّراعةِ ، فبأن يُهَيِّئَها لإمْكانِ الزَّرْعِ فيها ، فإن كانت لا تُزْرَعُ إلَّا بالماءِ ، فبأن يَسُوقَ إليها ماءً من نَهْرٍ أو بِئْرٍ ، وإن كانت ممَّا لا يُمْكِنُ زَرْعُها لِكَثْرةِ أحْجارِها ، كأرْضِ الحِجازِ ، فبأن يَقْلَعَ أحْجارَها ويُنَقِّيَها حتى تَصْلُحَ لِلزَّرْعِ ، وإن كانت غِياضًا وأشْجارًا ، كأرْضِ الشَّعْرَى[6] ، فبأن يَقْلَعَ أشْجارَها ، ويُزِيلَ عُرُوقَها التى تَمْنَعُ الزَّرْعَ . وإن كانت ممَّا لا يُمْكِنُ زَرْعُه إلَّا بِحَبْسِ الماءِ عنها ، كأرْضِ البَطائِحِ التى يُفْسِدُها غَرَقُها بالماءِ لِكَثْرَتِه ، فإحْياؤُها بِسَدِّ الماءِ عنها ، وجَعْلِهَا بِحالٍ يُمْكِنُ زَرْعُها ؛ لأنَّ بذلك يُمْكِنُ الانْتِفاعُ بها فيما أرادَها من غيرِ حاجةٍ إلى تَكْرارِ ذلك فى كلِّ عامٍ ، فكان[7] إحْياءً ، كسَوْقِ الماءِ إلى الأرْضِ التى لا ماءَ لها . ولا يُعْتَبَرُ فى إحْياءِ الأرْضِ حَرْثُها ولا زَرْعُها ؛ لأنَّ ذلك ممَّا يَتَكَرَّرُ كلَّما أرادَ الانْتِفاعَ بها ، فلم يُعْتَبَرْ فى الإحْياءِ ، كسَقْيِها ، وكالسُّكْنَى فى البُيُوتِ ، /[8]ولا يحْصُلُ[8] بذلك إذا فعَلَه لِمُجَرَّدِه ، لما ذكَرْنا . ولا يُعْتَبَرُ فى إحْياءِ الأرْضِ لِلسُّكْنَى نَصْبُ الأبوابِ على البُيُوتِ .

١٤٣/٥ ظ

وبهذا قال الشافِعِىُّ ، فيما ذكَرْنا فى الرِّوايةِ الثانيةِ ، إلَّا أنَّ له وَجْهًا فى أنَّ حَرْثَها وزَرْعَها إحْياءٌ لها ، وأنَّ ذلك مُعْتَبَرٌ فى إحْيائِها ، ولا يَتِمُّ بدونه ، وكذلك نَصْبُ الأبوابِ على البُيُوتِ ؛ لأنَّه ممَّا جَرَتِ العادَةُ به ، فأشْبَه التَّسْقِيفَ . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لما ذكَرْنا ، ولأنَّ السُّكْنَى مُمْكِنَةٌ بدُونِ نَصْبِ الأبوابِ ، فأشْبَهَ تَطْيِينَ سُطُوحِها وتَبْيِيضَها .

٩١٦ ـ مسألة ؛ قال : (**أو يَحْفِرَ فِيها بِئْرًا ، فَيَكُونُ لَهُ خَمْسٌ وعِشْرُونَ ذِرَاعًا حَوَالَيْها ، وإن سَبَقَ إلَى بِئْرٍ عَادِيَّةٍ ، فحَرِيمُها خَمْسُونَ ذِرَاعًا**)

البِئْرُ العادِيَّةُ ، بِتَشْدِيدِ الياءِ : القَدِيمَةُ ، مَنْسُوبةٌ إلى عادٍ ، ولم يُرِدْ عادًا بِعَيْنِها ، لكن

---

(٦) الشعرى : جبل عند حرة بنى سليم .

(٧) فى ب ، م : « كان » .

(٨ – ٨) سقط من : الأصل .

لمَّا كانت عادٌ فى الزَّمَنِ الأوَّلِ ، وكانت لها آثارٌ فى الأرْضِ ، نُسِبَ إليها كلُّ قَدِيمٍ ، فكلُّ مَن حَفَرَ بئرًا فى مَواتٍ لِلتَّمْليكِ ، فله حَرِيمُها خَمْسٌ وعِشْرُونَ ذِرَاعًا من كلِّ جانِبٍ . ومن سَبَقَ إلى بئرٍ عادِيَّةٍ ، كان أحَقَّ بها ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فهُوَ لَهُ »[1] . وله حَرِيمُها خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ . نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى رِوايةِ حَرْبٍ ، وعبدِ الله . واخْتارَهُ أكْثَرُ أصْحابِنَا . وقال القاضِى وأبو الخَطَّابِ : ليس هذا على طَرِيقِ التَّحْدِيدِ ، بل حَرِيمُها على الحَقِيقَةِ ما تَحْتاجُ إليه فى تَرْقِيَةِ مائِها منها ، فإن كان بِدُولابٍ فقَدْرُ مَدارِ[2] الثَّوْرِ أو غيرِه . وإن كان بسَاقِيةٍ[3] فبِقَدْرِ طُولِ البِئْرِ ؛ لما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « حَرِيمُ البِئْرِ مَدُّ رِشَائِها » . أخْرَجه ابنُ ماجَه[4] . ولأنَّه المَكانُ الذى تَمْشِى إليه البَهِيمَةُ . وإن كان يَسْتَقِى منها بيَدِه ، فبِقَدْرِ ما يَحْتاجُ إليه الواقِفُ عندها . وإن كان المُسْتَخْرَجُ عينًا ، فحَرِيمُها القَدْرُ الذى يَحْتاجُ إليه صاحِبُها لِلانْتِفاعِ بها ، ولا يَسْتَضِرُّ بأخْذه منها ولو على ألْفِ ذِرَاعٍ . وحَرِيمُ النَّهْرِ[5] من جانِبَيْه ما يَحْتاجُ إليه لِطَرْحِ كِرَايَتِه بحُكْمِ العُرْفِ فى ذلك ؛ لأنَّ هذا إنَّما ثَبَتَ لِلْحاجَةِ ، فيَنْبَغِى أن تُراعَى فيه الحاجَةُ دونَ غيرِها . وقال أبو حنيفةَ : حَرِيمُ البِئْرِ أرْبَعُونَ ذِرَاعًا ، وحَرِيمُ العَيْنِ خَمْسُمائةِ ذِرَاعٍ ؛ لأنَّ أبا هُرَيْرةَ رَوَى عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « حَرِيمُ البِئْرِ أرْبَعُونَ ذِرَاعًا لأعْطَانِ الإبِلِ والغَنَمِ » . وعن الشَّعْبِىِّ مثلُه ، / رَوَاهُ أبو عُبَيْدٍ[6] . ولَنا ، ما رَوَى الدَّارَقُطْنِىُّ[7] ٥/١٤٤ و

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٢ .

(٢) فى ب ، م : « مد » .

(٣) لعل ما فى الأصل : « بسانية » .

(٤) فى : باب حريم البئر ، من كتاب الرهون . سنن ابن ماجه ٢/٨٣١ .

(٥) فى ب ، م : « البئر » ، والمثبت فى : الأصل ، وهو يناسب « كرايته » الآتى ، وهو ما يخرج من حفر النهر .

(٦) فى : باب إحياء الأرض واحتجارها ... ، من كتاب الأموال . لأبى عبيد ٢٩١ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤٩٤ .

(٧) أخرجه الدارقطنى ، فى كتاب الأقضية . سنن الدارقطنى ٤/٢٢٠ .

والخَلَّالُ ، بإسْنادِهِما عن النبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « حَرِيمُ البِئْرِ البَدِىءِ[8] خَمْسٌ وعِشْرُونَ ذِرَاعًا ، وحَرِيمُ البِئْرِ العادِىِّ خَمْسُونَ ذِرَاعًا » وهذا نَصٌّ . ورَوَى أبو عُبَيْدٍ[9] ، بإسْنادِه عن يحيى بن سَعِيدٍ الأنْصارِىِّ ، أنَّه قال : السُّنَّةُ فى حَرِيمِ القَلِيبِ العادِىِّ خَمْسُونَ ذِرَاعًا ، والبَدِىءِ خَمْسٌ وعِشْرُونَ ذِرَاعًا . وبإسْنادِه[9] عن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، قال : حَرِيمُ البِئْرِ البَدِىءِ خَمْسٌ وعِشْرُونَ ذِرَاعًا مِن نَوَاحِيها كلِّها ، وحَرِيمُ بِئْرِ الزَّرْعِ ثَلاثُمائة ذِرَاعٍ من نَوَاحِيها كلِّها ، وحَرِيمُ البِئْرِ العادِيَّةِ خَمْسُونَ ذِرَاعًا مِن نَوَاحِيها كلِّها . ولأنَّه مَعْنًى يُمْلَكُ به المَوَاتُ ، فلا يَقِفُ على قَدْرِ الحاجَةِ ، كالحائِطِ . ولأنَّ الحاجَةَ إلى البِئْرِ لا تَنْحَصِرُ فى تَرْقِيَةِ الماءِ ، فإنَّه يَحْتاجُ إلى ما حَوْلَها عَطَنًا لإبله ، ومَوْقِفًا لِدَوَابِّه وغَنَمِه ، ومَوْضِعًا يَجْعَلُ فيه أحْواضًا يَسْقِى منها ماشِيَتَه ، ومَوْقِفًا لِدَابَّتِه التى يَسْتَقِى[10] عليها ، وأشْباه ذلك ، فلا يَخْتَصُّ الحَرِيمُ بما يَحْتاجُ إليه[11] لِتَرْقِيَةِ الماءِ ، وأمَّا حَدِيثُ أبى حنيفةَ ، فحَدِيثُنا أصَحُّ منه ، ورَوَاهُما أبو هُرَيْرَة ، فيَدُلُّ على ضَعْفِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ هذا الحَرِيمَ مَمْلُوكٌ لِصَاحِبِ البِئْرِ . وعند الشافِعِىِّ ، والقاضى ، ليس بِمَمْلُوكٍ . وقد سَبَقَ ذِكْرُ هذا .

فصل : ولا بُدَّ أن يكونَ البِئْرُ فيها ماءٌ ، وإن لم يَصِلْ إلى الماءِ ، فهو كالمُتَحَجِّرِ الشارِعِ فى الإحْياءِ ، على ما قَدَّمْناهُ . ويجب أن يُحْمَلَ قولُه فى البِئْرِ العادِيَّةِ على البِئْرِ التى انْطَمَّتْ وذَهَبَ مَاؤُها ، فجَدَّدَ حَفْرَها وعِمَارَتَها ، أو انْقَطَعَ مَاؤُها ، فاسْتَخْرَجَه ، ليكونَ ذلك إحْياءً لها . وأمَّا البِئْرُ التى لها ماءٌ يَنْتَفِعُ به المسلمونَ ، فليس لأحدٍ احْتِجَارُه ومَنْعُه ؛ لأنَّه يكونُ بمَنْزِلَةِ المَعادِنِ الظاهِرَةِ ، التى يَرْتَفِقُ بها الناسُ ، وهكذا العُيُونُ النَّابِعَةُ ، ليس لأحدٍ أن يَخْتَصَّ بها . ولو حَفَرَ رَجُلٌ بِئْرًا لِلْمسلمين

---

(8) البدىء : المبتدأ حفره ، أى المحدث .

(9) فى : باب إحياء الأرضين واحتجارها .... الأموال ٢٩٢ .

(10) فى الأصل : « يسقى الماء » .

(11) فى الأصل : « البئر » .

يَنْتَفِعُون بها ، أو لِيَنْتَفِعَ هو بها مُدَّةَ إقَامَتِه عندَها ثم يَتْرُكُها ، لم يَمْلِكْها ، وكان له الانْتِفَاعُ بها ، فإذا تَرَكَها صارت لِلْمسلمين كلِّهم ، كالمَعادِنِ الظاهِرَةِ ، وما دام مُقِيمًا عندها فهو أحَقُّ بها ؛ لأنَّه سابِقٌ إليها ، فهو كالمُتَحجِّرِ الشَّارِعِ في الإحْياءِ .

فصل : وإذا كان لإنسانٍ شَجَرَةٌ في مَوَاتٍ ، فله حَرِيمُها قَدْرَ ما تَمُدُّ إليه أغْصَانَها حَوَالَيْها ، وفي النَّخْلَةِ مَدُّ جَرِيدِها ؛ / لما رَوَى أبو دَاوُدَ[12] ، بإسْنادِه عن أبي سَعِيدٍ ، قال : اخْتُصِمَ إلى النبيِّ ﷺ في حَرِيمِ نَخْلةٍ ، فأمَرَ بجَرِيدَةٍ من جَرَائِدِها فذُرِعَتْ ، فكانت سَبْعَةَ[13] أذْرُعٍ أو خَمْسةَ أذْرُعٍ ، فقَضَى بذلك . وإن غَرَسَ شَجَرةً في مَوَاتٍ ، فهي له وحَرِيمُها . وإن سَبَقَ إلى شَجَرٍ مُباحٍ ، كالزَّيْتُونِ والخَرُّوبِ ، فسَقَاهُ وأصْلَحَه ، فهو أحَقُّ به ، كالمُتَحجِّرِ الشّارِعِ في الإحْياءِ ، فإن طَعَمَهُ مَلَكَه بذلك وحَرِيمَه ؛ لأنَّه تَهَيَّأَ للانْتِفاعِ به لما يُرَادُ منه ، فهو كَسَوْقِ الماءِ إلى الأرْضِ المَوَاتِ ؛ ولقولِ النبيِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[14] .

144/5 ظ

فصل : ومن كانت له بِئْرٌ فيها ماءٌ ، فحَفَرَ آخَرُ قَرِيبا منها بِئْرًا يَنْسَرِقُ إليها ماءُ البِئْرِ الأُولَى ، فليس له ذلك ، سواءٌ كان مُحْتَفِرُ الثانيةِ في مِلْكِه ، مثل رَجُلَيْنِ مُتَجاوِرَيْنِ في دَارَيْنِ ، حَفَرَ أحَدُهُما في دارِه بِئْرًا ، ثم حَفَرَ الآخَرُ بِئْرًا أعْمَقَ منها ، فسَرَى إليها ماءُ الأُولَى ، أو كانَتَا في مَوَاتٍ ، فسَبَقَ أحَدُهما ، فحَفَرَ بِئْرًا ، ثم جاءَ آخَرُ فحَفَرَ قَرِيبًا منها بِئْرًا تَجْتَذِبُ ماءَ الأُولَى . ووَافَقَ الشافِعِيُّ في هذه الصُّورَةِ الثانيةِ ؛ لأنَّه ليس له أن يَبْتَدِئَ مِلْكَه على وَجْهٍ يَضُرُّ بالمالِكِ قبلَه . وقال في الأُولَى : له ذلك ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ مُباحٌ في مِلْكِه ، فجازَ له فِعْلُه ، كتَعْلِيَةِ دَارِه . وهكذا الخِلَافُ في كل ما يُحْدِثُه الجارُ مِمَّا يَضُرُّ بِجارِه ، مثل أن يَجْعَلَ دارَه مَدْبَغَةً ، أو حَمَّامًا يَضُرُّ بِعَقَارِ جارِه بِحَمْيِ نارِه ورَمَادِه

---

(12) في : باب أبواب من القضاء ، من كتاب الأقضية . سنن أبي داود 2/284 .

(13) في الأصل : « ستة » .

(14) تقدم تخريجه في صفحة 152 .

ودُخَانِه ، أو يَحْفِرَ فى أصْلِ حائِطِه حُشًّا[١٥] يَتَأَذَّى جارُه بِرائِحَتِه وغيرِها ، أو يَجْعَلَ دارَه مَخْبِزًا فى وَسَطِ العَطَّارِينَ ونحوِه ، ممَّا يُؤْذِى جيرَانَه ، فلا يَحِلُّ له ذلك . وقال الشافِعِىُّ : له ذلك كلُّه ، لأنَّه تَصرُّفٌ مُباحٌ فى مِلْكِه ، أشْبَهَ بِنَاءَه ونَقْضَه . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولَا ضِرَارَ »[١٦] . ولأنَّه إحْدَاثُ ضَرَرٍ بِجَارِه ، فلم يَجُزْ ، كالدَّقِّ الذى يَهُزُّ الحِيطَانَ ويُخَرِّبُها ، وكإلْقاءِ السَّمَادِ والتُّرابِ ونحوِه فى أصْلِ حائِطِه على وَجْهٍ يَضُرُّ به . ولو كان لِرَجُلٍ مَصْنَعُ ماءٍ ، فأرَادَ جارُه غَرْسَ شَجَرةِ تِينٍ[١٧] [١٨]قَرِيبًا منه[١٨] أو نحوِها ممَّا تَسْرِى عُرُوقُه فتَشُقُّ حائِطَ مَصْنَعِ جارِه ، وتُتْلِفُه ، لم يَمْلِكْ ذلك ، وكان لِجَارِه مَنْعُه وقَلْعُها إن غَرَسَها . ولو كان هذا الذى يَحْصُلُ منه الضَّرَرُ سَابِقًا ، مثل مَن له فى مِلْكِه مَدْبَغَةٌ أو مَقْصَرَةٌ ، فأحْيَا إنْسانٌ إلى جانِبِه مَوَاتًا ، وبَنَاهُ دارًا ، يَتَضَرَّرُ بذلك ، لم يَلْزَمْ إزَالةُ / الضَّرَرِ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه لم يُحْدِثْ ضَرَرًا . واللهُ تعالى أعلمُ .

٥/١٤٥ و

٩١٧ – مسألة ؛ قال : (وَسَواءٌ فِى ذٰلِكَ مَا أحْيَاهُ ، أوْ سَبَقَ إلَيْهِ بِإذْنِ الْإمَامِ ، أوْ غَيْرِ إذْنِهِ)

وجملةُ ذلك ، أنَّ إحْياءَ المَوَاتِ لا يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ الإمَامِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : يَفْتَقِرُ إلى إذْنِه ؛ لأنَّ لِلْإمامِ مَدْخَلًا فى النَّظَرِ فى ذلك ، بِدَلِيلِ أنَّ من تَحجَّرَ مَوَاتًا فلم يُحْيِه ، فإنَّه يُطَالِبُه بالإحْياءِ أو التَّرْكِ ، فافْتَقَرَ إلى إذْنِه ، كمالِ بَيْتِ المالِ . ولَنا ، عُمُومُ قولِه عليه السلام : « مَنْ أحْيَا أرْضًا مَيْتَةً[١] ، فَهِىَ لَهُ »[٢] . ولأن هذا عَيْنٌ مُبَاحةٌ ، فلا يَفْتَقِرُ تَمَلُّكُها إلى إذْنِ الإمَامِ ، كأخْذِ

---

(١٥) الحش : بيت الخلاء .

(١٦) تقدم تخريجه فى : ٤/١٤٠ .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨ – ١٨) سقط من : ب ، م .

(١) سقط من : ب ، م .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٥ .

الحَشِيشِ والحَطَبِ ، ونَظَرُ الإمَامِ فى ذلك لا يَدُلُّ على اعْتِبارِ إذْنِه ، ألا تَرَى أنَّ مَن وَقَفَ فى مَشْرَعَةٍ ، طَالَبَه الإمامُ أن يَأْخُذَ حاجَتَه ويَنْصَرِفَ ، ولا يَفْتَقِرُ ذلك إلى إذْنِه . وأمَّا مالُ بَيْتِ المالِ ، فإنَّما هو مَمْلُوكٌ لِلمسلمين ، ولِلإمَامِ تَرْتِيبُ مَصَارِفِهِ فافْتَقَرَ إلى إذْنِه ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا ، فإنَّ هذا مُبَاحٌ ، فمنَ سَبَقَ إليه كان أحَقَّ الناسِ به ، كالحَشِيشِ والحَطَبِ والصُّيُودِ والثِّمارِ المُبَاحَةِ فى الجِبَال .

فصل : فأمَّا ما سَبَقَ إليه ، فهو المَوَاتُ إذا سَبَقَ إليه فتَحَجَّرَه ، كان أحَقَّ ، وإن سَبَقَ إلى بِئْرٍ [3]عادِيَّةٍ ، فشَرَعَ فيها يُعَمِّرُها ، كان أحَقَّ بها . ومن سَبَقَ إلى[3] مَقَاعِدِ الأسْوَاقِ والطُّرُقاتِ ، أو مَشَارِعِ المِيَاهِ والمَعَادِنِ الظاهِرَةِ والباطِنَةِ ، وكلِّ مُبَاحٍ مثل الحَشِيشِ والحَطَبِ والثِّمَارِ المأْخُوذَةِ من الجِبَالِ ، وما يَنْبِذُهُ الناسُ رَغْبَةً عنه ، أو يَضِيعُ منهم ممَّا لا تَتْبعُهُ النَّفْسُ ، واللُّقَطَةِ[4] واللَّقِيط ، وما يَسْقُطُ من الثَّلْجِ وسائِرِ المُبَاحَاتِ ، مَنْ سَبَقَ إلى شىءٍ من هذا ، فهو أحَقُّ به ، ولا يَحْتَاجُ إلى إذْنِ الإمَامِ ، ولا إذْنِ غيرِه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إليه مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أحَقُّ بِهِ »[5] .

(3 - 3) سقط من : الأصل .

(4) سقطت الواو من : ب ، م .

(5) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٢ .

كتابُ الوُقُوفِ والعَطَايَا

والوُقُوفُ : جَمْعُ وَقْفٍ ، يُقال منه : وَقَفْتُ وَقْفًا . ولا يقال : أَوْقَفْتُ . إلَّا فى شَاذِّ اللُّغَةِ ، ويقال : حَبَّسْتُ وأَحْبَسْتُ . وبه جاء الحَدِيثُ : « إنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أَصْلَها وتَصَدَّقْتَ بِهَا »[1] . والعَطَايَا : جَمْعُ عَطِيَّةٍ ، مثل خَلِيَّةٍ وخَلَايَا ، وبَلِيَّةٍ وبَلَايَا . والوَقْفُ مُسْتَحَبٌّ . ومَعْناه : تَحْبِيسُ الأَصْلِ ، وتَسْبِيلُ الثَّمرةِ . والأصل فيه ما رَوَى عبدُ الله بن عمرَ ، قال : أصَابَ عمرُ أرْضًا بِخَيْبَرَ فأَتَى النبىَّ ﷺ يَسْتَأْمِرُه فيها فقال / : يا رَسُولَ الله ، إنِّى أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ ، لم أُصِبْ قَطُّ مالًا أَنْفَسَ عِنْدِى منه ، فما تَأْمُرُنِى فيها ؟ فقال : « إنْ شِئْتَ حَبَّسْتَ أصْلَهَا ، وتَصَدَّقْتَ بِها ، غَيْرَ أنَّه لَا يُبَاعُ أصْلُهَا ، ولا يُبْتَاعُ ، ولَا يُوهَبُ ، ولا يُورَثُ » . قال : فتَصَدَّقَ بها عمرُ فى الفُقَراءِ ، وذَوِى القُرْبَى ، والرِّقَابِ ، وابنِ السَّبِيلِ ، والضَّيْفِ ، لا جُنَاحَ على مَن وَلِيهَا أن يَأْكُلَ منها ، أو يُطْعِمَ صَدِيقًا بالمَعْرُوفِ ، غيرَ مُتَأَثِّلٍ فيه ، أو غير مُتَمَوِّلٍ فيه . مُتَّفَقٌ عليه[2] . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إلَّا مِنْ ثَلَاثٍ : صَدَقَةٍ جارِيَةٍ ، أو عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ بَعْدِه ، أو وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ »[3] . قال

١٤٥/٥ ظ

---

(١) من الحديث الآتى تخريجه .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الشروط فى الوقف ، من كتاب الشروط ، وفى : باب ما للوصى أن يعمل فى مال اليتيم ... ، وباب الوقف كيف يكتب ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٣/ ٢٦٠ ، ٤/ ١١ ، ١٢ ، ١٤ . ومسلم ، فى : باب الوقف ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ٣/ ١٢٥٥ ، ١٢٥٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا سنن أبى داود ٢/ ١٠٥ . والترمذى ، فى : باب فى الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٤٣ . والنسائى ، فى : باب كيف يكتب الحبس ... ، من كتاب الأحباس . المجتبى ٦/ ١٩١ ، ١٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ١٢ ، ١٣ ، ٥٥ ، ١٢٥ .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم =

التِّرمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وأَكْثَرُ أَهْلِ العِلْمِ من السَّلَفِ ومَنْ بَعْدَهم على القَوْلِ بِصِحَّةِ الوَقْفِ . قال جابرٌ : لم يكُنْ أحدٌ من أصْحابِ النبىِّ ﷺ ذو مَقْدِرَةٍ إلَّا وَقَفَ . ولم يَرَ شُرَيْحٌ الوَقْفَ ، وقال : لا حَبْسَ عن فرائِضِ اللهِ . قال أحمدُ : وهذا مذهبُ أهْلِ الكُوفَةِ . وذَهَبَ أبو حنيفةَ إلى أنَّ الوَقْفَ لا يَلْزَمُ بمُجَرَّدِه ، ولِلْوَاقِفِ الرُّجُوعُ فيه ، إلَّا أن يُوصِىَ به بعدَ مَوْتِه ، فيَلْزَمُ ، أو يَحْكُمَ بِلُزُومِه حاكِمٌ . وحَكَاهُ بعضُهم عن علىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عَبّاسٍ . وخَالَفَه صَاحِبَاه ، فقالا كقَوْلِ سائِرِ أهْلِ العِلْمِ . واحْتَجَّ بعضُهم بما رُوِىَ أنَّ عبدَ اللهِ بن زَيْدٍ ، صَاحِبَ الأَذَانِ ، جَعَلَ حائِطَه صَدَقَةً ، وجَعَلَه إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فجاءَ أبَوَاه إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقالا : يا رسولَ اللهِ ، لم يكُنْ لنا عَيْشٌ إلَّا هذا الحائِطَ . فرَدَّه رسولُ اللهِ ﷺ ، ثم ماتَا ، فوَرِثَهُما . رَوَاهُ المَحَامِلِىُّ[4] فى « أمَالِيهِ »[5] ، ولأنَّه أخْرَجَ مَالَه على وَجْهِ القُرْبَةِ من مِلْكِه ، فلم يَلْزَمْ بمُجَرَّدِ القَوْلِ ، كالصَّدَقَةِ . وهذا القول يُخَالِفُ السُّنَّةَ الثابِتَةَ عن رسولِ اللهِ ﷺ ، وإجْمَاعَ الصَّحَابَةِ رَضِىَ اللهُ عنهم ، فإنَّ النبىَّ ﷺ قال لِعُمَرَ فى وَقْفِه : « لَا يُبَاعُ أَصْلُهَا ، ولا يُبْتَاعُ ، ولَا يُوهَبُ ، ولَا يُورَثُ » . قال التِّرمِذِىُّ : العَمَلُ على هذا الحَدِيثِ عندَ أهْلِ العِلْمِ من أصْحابِ النبىِّ ﷺ وغيرِهم ، لا نَعْلَمُ بين [6]أحَدٍ من[6] المُتَقَدِّمِينَ منهم فى ذلك اخْتِلافًا . قال الحُمَيْدِىُّ : تَصَدَّقَ أبو بكرٍ بِدَارِه على وَلَدِه ، وعمرُ بِرَبْعِه عند المَرْوَةِ على وَلَدِه ، وعثمانُ بِرُومَةَ[7] ، وتَصَدَّقَ عَلِىٌّ بأرْضِه بِيَنْبُعَ ، وتَصَدَّقَ الزُّبَيْرُ بِدَارِه بمَكَّةَ [6]ودَارِه بِمِصْرَ وأمْوالِه بالمدِينَةِ[6] على وَلَدِه ،

=٣/١٢٥٥ . وأبو داود ، فى : باب فى ماجاء فى الصدقة عن الميت ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢/١٠٦ . والترمذى ، فى : باب فى الوقف ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٤٤ . والنسائى ، فى : باب فضل الصدقة عن الميت ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦/٢١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٧٢ .

(٤) أبو عبد الله الحسين بن إسماعيل بن محمد الضبى المحاملى القاضى الفقيه ، صاحب « الأمالى » المتوفى سنة ثلاثين وثلاثمائة . تاريخ التراث العربى ١/١/٣٥٧ .

(٥) وذكره المزى وعزاه إلى النسائى فى الكبرى . تحفة الأشراف ٤/٣٤٥ .

(٦ – ٦) سقط من : الأصل .

(٧) أى، بئر رومة بالمدينة .

(8) وتَصَدَّقَ سَعْدٌ بِدَارِه بالمَدِينةِ ودَارِه بمِصْرَ على وَلَدِه ، وعمرُو بن العاصِ بالوَهْطِ(9) ودَارِه بمَكّةَ على وَلَدِه(8) ، وحَكِيمُ بن حزامٍ بِدَارِه بمَكّةَ والمَدِينَةِ على وَلَدِه / ، فذلك كلُّه إلى اليَوْمِ . وقال جابرٌ : لم يكُنْ أحَدٌ من أصْحابِ النبيِّ ﷺ ذو مَقْدِرَةٍ إلَّا وَقَفَ . وهذا إجْماعٌ منهم ، فإن الذى قَدَرَ منهم على الوَقْفِ وَقَفَ ، واشْتَهَر ذلك ، فلم يُنْكِرْه أحدٌ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّه إزالَةُ مِلْكٍ يَلْزَمُ بالوَصِيَّةِ ، فإذا نَجَزَهُ حالَ الحياةِ لَزِمَ من غيرِ حُكْمٍ ، كالعِتْقِ . وحَدِيثُ عبدِ الله بن زَيْدٍ إن ثَبَتَ ، فليس فيه ذِكْرُ الوَقْفِ ، والظّاهِرُ أنَّه جَعَلَه صَدَقَةً غيرَ مَوْقُوفٍ ، اسْتَنَابَ فيها رسولَ الله ﷺ ، فرأى وَالِدَيْه أحَقَّ الناسِ بصَرْفِها إليهما ، ولهذا لم يَرُدَّها عليه ، إنَّما دَفَعَها إليهما . ويَحْتَمِلُ أنَّ الحائِطَ كان لهما ، وكان هو يَتَصَرَّفُ فيه بحُكْمِ النِّيابةِ عنهما ، فتَصَرَّفَ بهذا التَّصَرُّفِ بغيرِ إذْنِهما ، فلم يُنَفِّذَاهُ ، وأتَيَا النبيَّ ﷺ فرَدَّهُ إليهما . والقِيَاسُ على الصَّدَقَةِ لا يَصِحُّ ؛ لأنَّها تَلْزَمُ فى الحَياةِ بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ ، وإنَّما تَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، والوَقْفُ لا يَفْتَقِرُ إليه ، فافْتَرَقا .

١٤٦/٥ و

٩١٨ – مسألة ؛ قال أبو القاسِم ، رَحْمَةُ الله عليه : (**ومَنْ وَقَفَ فِى صِحَّةٍ مِنْ عَقْلِهِ وبَدَنِه ، عَلى قَوْمٍ وأوْلَادِهِمْ وعَقِبِهِمْ ثُمَّ آخِرَهُ لِلمَسَاكِينِ ، فَقَدْ زَالَ مِلْكُه عَنْهُ**)

فى هذه المسألة فُصُولٌ ثلاثةٌ :

أحدها : أنَّ الوَقْفَ إذا صَحَّ ، زالَ به مِلْكُ الواقِفِ عنه ، فى الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ . وهو المَشْهُورُ من مذهبِ الشافِعِىِّ ، ومذهبِ أبى حَنِيفةَ . وعن أحمدَ : لا يَزُولُ مِلْكُه . وهو قولُ مالِكٍ ، وحُكِىَ قَوْلًا لِلشّافِعِىِّ رَضِىَ الله عنه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « حَبِّسِ الْأَصْلَ ، وسَبِّلِ الثَّمرةَ »(1) . ولَنا ، أنَّه سَبَبٌ يُزِيلُ التَّصَرُّفَ فى

(8 – 8) سقط من : الأصل .

(9) الوهط : مال كان لعمرو بن العاص بالطائف على ثلاثة أميال من وج .

(1) تقدم تخريجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ وهذه الرواية أخرجها النسائى، فى : باب حبس المشاع ، من كتاب =

الرَّقَبَةِ والمَنْفَعَةِ ، فأزَالَ المِلْكَ ، كالعِتْقِ ، ولأنَّه لو كان مِلْكَه لَرَجَعَتْ إليه قِيمَتُه ، كالمِلْكِ المُطْلَقِ ، وأمَّا الخَبَرُ ، فالمُرَادُ به أن يكونَ مَحْبُوسًا ، لا يُبَاعُ ولا يُوهَبُ ولا يُورَثُ . وفائِدَةُ الخِلَافِ أنَّا إذا حَكَمْنا بِبَقاءِ مِلْكِه ، لَزِمَتْه مُرَاعَاتُه ، والخُصُومَةُ فيه . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَهُ أَرْشُ جِنَايَتِه ، كما يَفْدِى أُمَّ الوَلَدِ سَيِّدُها لَمَّا تَعَذَّرَ تَسْلِيمُه ، بِخِلَافِ غيرِ المالِكِ .

الفصل الثانى : أنَّ ظاهِرَ هذا الكَلَامِ ، أنَّه يَزُولُ المِلْكُ ، ويَلْزَمُ الوَقْفُ بمُجَرَّدِ اللَّفظِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ يَحْصُلُ به . وعن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، رِوَايةٌ أُخْرَى ، لا يَلْزَمُ إلَّا بالقَبْضِ ، وإخْرَاجِ الواقِفِ له عن يَدِه . وقال : الوَقْفُ المَعْرُوفُ أن يُخْرِجَه من يَدِه إلى غيرِه ، ويُوَكِّلَ فيه مَن يَقُومُ به . اخْتَارَه ابنُ أبى موسى ، وهو قولُ محمدِ بن الحَسَنِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ / بمالٍ لم يُخْرِجْهُ عن المالِيَّةِ ، فلم يَلْزَمْ بمُجَرَّدِه ، كالهِبَةِ والوَصِيَّةِ . ولَنَا ، ما رَوَيْناه من حَدِيثِ عمرَ ، ولأنَّه تَبَرُّعٌ يَمْنَعُ البَيْعَ والهِبَةَ والمِيرَاثَ ، فلَزِمَ بمُجَرَّدِه ، كالعِتْقِ ، ويُفَارِقُ الهِبَةَ ؛ فإنَّها تَمْلِيكٌ مُطْلَقٌ ، والوَقْفُ تَحْبِيسُ الأَصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، فهو بالعِتْقِ أشْبَهُ ، فإلْحاقُه به أَوْلَى .

٥/١٤٦ ظ

الفصل الثالث : أنَّه لا يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ من المَوْقُوفِ عليه . ذَكَرَه القاضى . وقال أبو الخَطَّابِ : إن كان الوَقْفُ على غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالمَسَاكِينِ ، أو مَن لا يُتَصَوَّرُ منه القَبُولُ كالمَسَاجِدِ والقَنَاطِرِ ، لم يَفْتَقِرْ إلى قَبُولٍ ، وإن كان على آدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ، ففى اشْتِرَاطِ القَبُولِ وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، اشْتِرَاطُه ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ لآدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ ، (٢فكان من شَرْطِه القَبُولُ ، كالهِبَةِ والوَصِيَّةِ ، يُحَقِّقُه أنَّ الوَصِيَّةَ إن كانت لآدَمِىٍّ مُعَيَّنٍ٢) ، وَقَفَتْ على قَبُولِه ، وإذا كانت لغيرِ مُعَيَّنٍ أو لِمَسْجِدٍ أو نحوِه ، لم تَفْتَقِرْ إلى قَبُولٍ ، كذا هٰهُنا . والوَجْهُ الثانى ، لا يُشْتَرَطُ القَبُولُ ؛ لأنَّه أحدُ نَوْعَىِ الوَقْفِ ، فلم يُشْتَرَطْ له القَبُولُ ، كالنَّوْعِ

=الأحباس . المجتبى ١٩٣/٦ ، ١٩٤ . وابن ماجه ، فى : باب من وقف ، من كتاب الصدقات . سنن ابن ماجه ٨٠١/٢ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

الآخرِ ، ولأنّه إزالةُ مِلْكٍ يَمنعُ البَيْعَ والهِبَةَ والمِيراثَ ، فلم يُعْتَبَرْ فيه القَبُولُ ، كالعِتْقِ ، وبهذا فارَقَ الهِبَةَ والوَصِيَّةَ . والفَرْقُ بينه وبين الهِبَةِ والوَصِيَّةِ ، أنَّ الوَقْفَ لا يَختَصُّ المُعَيَّنَ ، بل يَتعلَّقُ به حَقُّ من يَأْتِى من البُطُونِ فى المُستَقبَلِ ، فيكونُ الوَقْفُ على جَمِيعِهِم ، إلَّا أنَّه مُرَتَّبٌ ، فصار بمَنْزِلَةِ الوَقْفِ على الفُقَراءِ الذى لا يَبْطُلُ بِرَدِّ واحِدٍ منهم ، ولا يَقِفُ على قَبُولِه ، والوَصِيَّةُ لِلْمُعَيَّنِ بخِلَافِه . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . فإذا قُلْنا : لا يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ . لم يَبْطُلْ بِرَدِّه ، وكان رَدُّه وقَبُولُه وعَدَمُهُما واحِدًا ، كالعِتْقِ . وإن قُلْنا : يَفتَقِرُ إلى القَبُولِ . فرَدَّه مَن وُقِفَ عليه ، بَطَلَ فى حَقِّه ، وصارَ كالوَقْفِ المُنْقَطِعِ الابتِدَاء . يُخَرَّجُ فى صِحَّتِه فى حَقِّ مَن سِوَاه وبُطْلَانِه وَجْهانِ ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . فإن قُلْنا بصِحَّتِه ، فهل يَنْتَقِلُ فى الحالِ إلى مَنْ بعدَه ، أو يُصْرَفُ فى الحالِ إلى مَصْرِفِ فى[3] الوَقْفِ المُنْقَطِعِ إلى أن يَمُوتَ الذى رَدَّه ، ثم يَنْتَقِلُ إلى مَنْ بعدَه ؟ على وَجْهَيْنِ . وسَنَذْكُرُ ذلك فى الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الابتِداءِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : ويَنْتَقِلُ المِلْكُ فى المَوْقُوفِ إلى المَوْقُوفِ عليهم ، فى ظاهِرِ المذهبِ . قال أحمدُ : إذا وَقَفَ دَارَه على وَلَدِ أخِيه ، صارَتْ لهم . وهذا يَدُلُّ على أنّهم مَلَكُوه ، ورُوِى عن أحمدَ ، أنّه لا يُمْلَكُ ، فإنَّ جَماعةً نَقَلُوا عنه ، فى مَن وَقَفَ على وَرَثَتِه فى مَرَضِه : يجوزُ ؛ لأنّه لا يُباعُ ولا يُورَثُ ، ولا يَصِيرُ مِلْكًا لِلْوَرَثةِ ، وإنما يَنْتَفِعُونَ / بغَلَّتِها . وهذا يَدُلُّ بظاهِرِه على أنّهم لا يَمْلِكُونَ . ويَحتَمِلُ أن يُرِيدَ بقولِه لا يَمْلِكُونَ ، أنْ لا يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ فى الرَّقَبَةِ ، فإنَّ فائِدَةَ المِلْكِ وآثارَه ثابِتَةٌ فى الوَقْفِ . وعن الشافِعِىِّ من الاخْتِلَافِ نَحْوُ ما حَكَيْناه . وقال أبو حنيفةَ : لا يَنْتَقِلُ المِلْكُ فى الوَقْفِ اللَّازِمِ ، بل يكونُ حَقًّا للهِ تعالى ؛ لأنّه إزالَةُ مِلْكٍ عن العَيْنِ والمَنْفَعةِ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، بتَمْلِيكِ المَنْفَعةِ ، فانْتَقَلَ المِلْكُ إلى اللهِ تعالى ، كالعِتْقِ . ولَنا ، أنّه[4] سَبَبٌ يُزِيلُ مِلْكَ الواقِفِ ، وُجِدَ إلى مَنْ يَصِحُّ تَمْلِيكُه على وَجْهٍ لم يُخْرِج المالَ عن مَالِيَّتِه ، فوَجَبَ أن

147/5 و

---

(3) سقط من : الأصل .

(4) فى م : « أن » .

يَنْقُلَ المِلْكَ إليه ، كالهِبَةِ والبَيْعِ ، ولأنَّه لو كان تَمْلِيكَ المَنْفَعَةِ المُجَرَّدَةِ لم يَلْزَمْ كالعارِيَّةِ والسُّكْنَى ، و لم يَزُلْ مِلْكُ الواقِفِ عنه كالعارِيَّةِ ، ويُفارِقُ العِتْقَ ، فإنَّه أخْرَجَهُ عن المالِيَّةِ ، وامْتِنَاعُ التَّصَرُّفِ فى الرَّقَبَةِ لا يَمْنَعُ المِلْكَ ، كأُمِّ الوَلَدِ .

فصل : وألْفاظُ الوَقْفِ سِتَّةٌ ، ثلاثةٌ صَرِيحَةٌ ، وثَلَاثَةٌ كِنَايَةٌ ، فالصَّرِيحَةُ : وَقَفْتُ ، وحَبَّسْتُ ، وسَبَّلْتُ . متى أتى بواحِدَةٍ من هذه الثَّلاثِ ، صارَ وَقْفًا من غير انْضِمَامِ أمْرٍ زائِدٍ ؛ لأنَّ هذه الألفَاظَ ثَبَتَ لها عُرْفُ الاسْتِعْمالِ بين الناسِ ، وانْضَمَّ إلى ذلك عُرْفُ الشَّرْعِ ، بقول النبيِّ ﷺ لِعمرَ : « إن شِئْتَ حَبَّسْتَ أصْلَهَا ، وسَبَّلْتَ ثَمَرَتَها »(٥) . فصارَتْ هذه الألْفَاظُ فى الوَقْفِ كلَفْظِ التَّطْلِيقِ فى الطَّلَاقِ . وأما الكِنَايَة ، فهى : تَصَدَّقْتُ ، وحَرَّمْتُ ، وأبَّدْتُ . فليست صَرِيحَةً ؛ لأنَّ لَفْظَةَ الصَّدَقَةِ والتَّحْرِيمِ مُشْتَرَكَةٌ ، فإنَّ الصَّدَقَةَ تُسْتَعْمَلُ فى الزَّكَاةِ والهِبَاتِ ، والتَّحْرِيمَ يُسْتَعْمَلُ فى الظِّهَارِ والأَيْمانِ ، ويكونُ تَحْرِيمًا على نَفْسِه وعلى غيره ، والتَّأْبِيدَ يَحْتَمِلُ تَأْبِيدَ التَّحْرِيمِ ، وتَأْبِيدَ الوَقْفِ ، و لم يَثْبُتْ لهذه الأَلْفاظِ عُرْفُ الاسْتِعْمالِ ، فلا يَحْصُلُ الوَقْفُ بمُجَرَّدِها ، ككِنَاياتِ الطَّلَاقِ فيه . فإن انْضَمَّ إليها أحَدُ ثلاثةِ أشْياء ، حَصَلَ الوَقْفُ بها ، أحدها ، أن يَنْضَمَّ إليها لَفْظَةٌ أخرى تُخَلِّصُها من الألْفاظِ الخَمْسةِ ، فيقول : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أو مُحَبَّسَةٌ ، أو مُسَبَّلَةٌ ، أو مُحَرَّمَةٌ ، أو مُؤَبَّدَةٌ . أو يقول : هذه مُحَرَّمَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، أو مُحَبَّسَةٌ ، أو مُسَبَّلَةٌ ، أو مُؤَبَّدَةٌ . الثانى ، أن يَصِفَها بصِفَاتِ الوَقْفِ ، فيقولَ : صَدَقَةٌ لا تُبَاعُ ، ولا تُوهَبُ ، ولا تُورَثُ ؛ لأنَّ هذه القَرِينَةَ تُزِيلُ الاشْتِرَاكَ . الثالث ، أن يَنْوِيَ الوَقْفَ ، فيكون على ما نَوَى ، إلَّا أنَّ النِّيَّةَ / تَجْعَلُه وَقْفًا فى الباطِنِ دُونَ الظاهِرِ ، لِعَدَمِ الاطِّلاعِ على ما فى الضَّمائِرِ ، فإن اعْتَرَفَ بما نَوَاه ، لَزِمَ فى الحُكْمِ ؛ لِظُهُورِه ، وإن قال : ما أرَدْتُ الوَقْفَ . فالقولُ قولُه ، لأنَّه أعْلَمُ بما نَوَى .

١٤٧/٥ ظ

---

(٥) تقدم تخريجه من حديث عمر صفحة ١٨٤ ، ١٨٦ .

فصل : وظاهِرُ مذهبِ أحمدَ أن الوَقْفَ يَحْصُلُ بالفِعْلِ مع القَرائِنِ الدَّالَّةِ عليه ، مثل أن يَبْنِىَ مَسْجِدًا ، ويَأْذَنَ لِلنَّاسِ فى الصَّلَاةِ فيه ، أو مَقْبَرَةً ، ويَأْذَنَ فى الدَّفْنِ فيها ، أو سِقَايةً ، ويَأْذَنَ فى دُخُولِها ، فإنَّه قال : فى رِوَايةِ أبى دَاوُدَ ، وأبى طالِبٍ ، فى مَن أدْخَلَ بَيْتًا فى المَسْجِدِ وأَذِنَ فيه ، لم يَرْجِعْ فيه . وكذلك إذا[6] اتَّخَذَ المَقابِرَ وأذِنَ للنَّاسِ ، والسِّقاية ، فليس له الرُّجُوعُ ، وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وذَكَرَ القاضى فيه رِوَايةً أخرى ، أنَّه لا يَصِيرُ وَقْفًا إلَّا بالقَوْلِ . وهذا مذهبُ الشافِعِىّ . وأخَذَه القاضى من قولِ أحمدَ ، إذ سَأَلَهُ الأَثْرَمُ عن رَجُلٍ أحَاطَ حائِطًا على أرْضٍ ، لِيَجْعَلَها مَقْبَرَةً ، ونَوَى بِقَلْبِه ، ثم بَدَا له العَوْدُ ؟ فقال : إن كان جَعَلَها لله ، فلا يَرْجِعْ . وهذا لا يُنَافِى الرِّوَايةَ الأُولَى ، فإنَّه أرَادَ بقَوْلِه : إن كان جَعَلَها لله أى نَوَى بتَحْوِيطِها جَعْلَها لله . فهذا تَأْكِيدٌ لِلرِّوَايةِ الأُولَى ، وزِيَادَةٌ عليها ، إذ مَنَعَهُ من الرُّجُوعِ بمُجَرَّدِ التَّحْوِيطِ مع النِّيَّةِ . وإن أرَادَ بقَوْلِه : جَعَلَها لله . أى : اقْتَرَنَتْ بفِعْلِه قَرائِنُ دَالَّةٌ على إرَادَةِ ذلك ، من إذْنِه للنَّاسِ فى الدَّفْنِ فيها ، فهى الرِّوَايةُ الأُولَى بعَيْنِها ، وإن أرَادَ : وَقَفَها[7] بِلِسَانِه ، فيَدُلُّ بمَفْهُومِه على أنَّ الوَقْفَ لا يَحْصُلُ بمُجَرَّدِ التَّحْوِيطِ والنِّيَّةِ ، وهذا لا يُنَافِى الرِّوَايةَ الأُولَى ؛ لأنَّه فى الأُولَى انْضَمَّ إلى فِعْلِه إذْنُه للنَّاسِ فى الدَّفْنِ ، ولم يُوجَدْ هٰهُنا ، فلا تَنَافِىَ بينهما ، ثم لم يُعْلَمْ مُرَادُه من هذه الاحْتِمالاتِ ، فانْتَفَتْ هذه الرِّوَايةُ ، وصارَ المذهبُ رِوَايةً واحِدَةً . والله أعلمُ . واحْتَجُّوا بأن هذا تَحْبِيسُ أصْلٍ على وَجْهِ القُرْبةِ ، فوَجَبَ أن لا يَصِحَّ بدون اللَّفْظِ ، كالوَقْفِ على الفُقَراءِ . ولَنا ، أنَّ العُرْفَ جارٍ بذلك ، وفيه دَلَالَةٌ على الوَقْفِ ، فجازَ أن يَثْبُتَ به ، كالقولِ ، وجَرَى مَجْرَى مَن قَدَّمَ إلى ضَيْفِه طَعَامًا ، كان إذْنًا فى أكْلِه ، ومن مَلأَ خابِيةً ماءً على الطَّرِيقِ ، كان تَسْبِيلًا له ، ومن نَثَرَ على الناسِ نِثَارًا ، كان إذْنًا فى الْتِقَاطِه ، وأُبِيحَ أخْذُه . وكذلك دُخُولُ الحَمّامِ ، واسْتِعْمالُ مائِه من غيرِ إذْنٍ مُبَاحٌ بِدَلَالةِ الحالِ . وقد قَدَّمْنَا فى البَيْعِ أنَّه يَصِحُّ بالمُعَاطاةِ من غيرِ لَفْظٍ ،

---

(٦) فى الأصل زيادة : « كان » .

(٧) فى ب ، م : « وقفا » .

وكذلك الهِبَةُ والهَدِيَّةُ ، لِدَلَالِةِ الحالِ ، فكذلك هٰهُنا . وأمَّا الوَقْفُ على /المَسَاكِينِ ، ١٤٨/٥ و فلم تَجْرِ به عادَةٌ بغير لَفْظٍ ، ولو كان شىءٌ جَرَتْ به العادَةُ ، أو دَلَّتْ الحالُ عليه ، كان كَمَسْأَلَتِنا . والله أعلمُ .

٩١٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَا يَجُوزُ أنْ يَرْجِعَ إلَيْهِ شَىْءٌ مِنْ مَنَافِعِه**)

وجملةُ ذلك أنَّ مَنْ وَقَفَ شَيْئًا وَقْفًا صَحِيحًا ، فقد صارَتْ مَنَافِعُه جَمِيعُها لِلْمَوقُوفِ عليه ، وزَالَ عن الواقِفِ مِلْكُه ، ومِلْكُ مَنَافِعِه ، فلم يَجُزْ أن يَنْتَفِعَ بشىءٍ منها ، إلَّا أن يكونَ قد وَقَفَ شَيْئًا لِلْمُسْلِمينَ ، فيَدْخُلُ فى جُمْلَتِهم ، مثل أن يَقِفَ مَسْجِدًا ، فله أن يُصَلِّىَ فيه ، أو مَقْبَرةً فله الدَّفْنُ فيها ، أو بِئرًا للمُسْلِمينَ ، فله أن يَسْتَقِىَ منهَا ، أو سِقَايةً ، أو شَيْئًا يَعُمُّ المُسْلِمِينَ ، فيكونُ كأحَدِهم . لا نَعْلَمُ فى هذا كله خِلَافًا . وقد رُوِى عن عثمانَ بن عَفَّانَ ، رَضِىَ الله عنه ، أنَّه سَبَّلَ بِئْرَ رُومَة ، وكان دَلْوُه فيها كدِلَاءِ المُسْلِمِينَ .

٩٢٠ ـ مسألة ؛ قال : (**إلَّا أنْ يَشْتَرِطَ أنْ يَأْكُلَ مِنْهُ ، فَيَكُونُ لَهُ مِقْدَارُ مَا يَشْتَرِطُ**)

وجملتُه أنَّ الواقِفَ إذا اشْتَرطَ فى الوَقْفِ أن يُنْفِقَ منه على نَفْسِه ، صَحَّ الوَقْفُ والشَّرْطُ . نَصَّ عليه أحمدُ . قال الأثْرَمُ : قيل لأبى عبدِ الله : يَشْتَرِطُ فى الوَقْفِ أنِّى أُنْفِقُ على نَفْسِى وأهْلِى منه ؟ قال : نعم . واحْتَجَّ ، قال : سَمِعْتُ ابنَ عُيَيْنَةَ ، عن ابن طاوُسٍ ، عن أبيه ، عن حُجْرٍ المَدَرِىِّ ، أنَّ فى صَدَقَةِ رَسُولِ الله ﷺ أن يَأْكُلَ منها أهْلُه بالمَعْرُوفِ غيرِ المُنْكَرِ . وقال القاضى : يَصِحُّ الوَقْفُ ، رِوَايةً واحِدَةً ؛ لأنَّ أحمدَ نَصَّ عليها فى رِوَايةِ جماعةٍ . وبذلك قال ابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو يوسفَ ، والزُّبَيْرُ ، وابنُ سُرَيْجٍ . وقال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، ومحمدُ بن الحَسَنِ : لا يَصِحُّ الوَقْفُ ؛ لأنَّه إزالَةُ المِلْكِ ، فلم يَجُز اشْتِراطُ نَفْعِه لِنَفْسِه ، كالبَيْعِ والهِبَةِ ، وكما لو أعْتَقَ عَبْدًا بِشَرْطِ أن يَخْدِمَه ، ولأنَّ ما يُنْفِقُه على نَفْسِه مَجْهُولٌ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُه ، كما لو باعَ شيئًا واشْتَرطَ أن يَنْتَفِعَ به . ولَنا ، الخَبَرُ الذى ذَكَرَه الإمامُ أحمدُ ، ولأنَّ عمر

رَضِىَ اللهُ عنه ، لَمَّا وَقَفَ قال : ولا بَأْسَ على من وَلِيَها أن يَأْكُلَ منها ، أو يُطْعِمَ صَدِيقًا ، غيرَ مُتَمَوِّلٍ فيه[1] . وكان الوَقْفُ فى يَدِه إلى أن ماتَ . ولأنَّه إذا وَقَفَ وَقْفًا عامًّا ، كالمَسَاجِدِ ، والسِّقَايَاتِ ، والرِّباطَاتِ ، والمَقَابِرِ ، كان له الانْتِفَاعُ به ، فكذلك هٰهُنا . ولا فَرْقَ بين أن يَشْتَرِطَ لِنَفْسِه الانْتِفَاعَ به مُدَّةَ حَيَاتِه ، أو مُدَّةً مَعْلُومةً مُعَيَّنَةً ، وسواءٌ قَدَّرَ ما يَأْكُلُ منه ، أو أطْلَقَه / ؛ فإنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لم يُقَدِّرْ ما يَأْكُلُ الوالِى ويُطْعِمُ إلَّا بقولِه : بالمَعْرُوفِ . وفى حَدِيثِ صَدَقَةِ رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه شَرَطَ أن يَأْكُلَ أهْلُه منها بالمَعْرُوفِ غيرِ المُنْكَرِ . إلَّا أنَّه إذا شَرَطَ أن يَنْتَفِعَ به مُدَّةً مُعَيَّنَةً . فماتَ فيها ، فيَنْبَغِى أن يكونَ ذلك لِوَرَثَتِه ، كما لو باعَ دارًا واشْتَرَطَ أن يَسْكُنَها سَنَةً ، فماتَ فى أثْنائِها . واللهُ أعلم .

148/5 ظ

فصل : وإن شَرَطَ أن يَأْكُلَ أهْلُه منه ، صَحَّ الوَقْفُ والشَّرْطُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ شَرَطَ ذلك فى صَدَقَتِه . وإن اشْتَرَطَ أن يَأْكُلَ مَنْ وَلِيَه منه ، ويُطْعِمَ صَدِيقًا ، جازَ ؛ لأنَّ عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه شَرَطَ ذلك فى صَدَقَتِه ، التى اسْتَشَارَ فيها رسولَ اللهِ ﷺ ، فإن وَلِيَها الواقِفُ ، كان له أن يَأْكُلَ ويُطْعِمَ صَدِيقًا ؛ لأنَّ عمرَ وَلِىَ صَدَقَتَه . وإن وَلِيَها أحدٌ من أهْلِه ، كان له ذلك ؛ لأنَّ حَفْصَةَ بِنْتَ عمرَ كانت تَلِى صَدَقَتَه بعد مَوْتِه ، ثم وَلِيَها بعدَها عبدُ اللهِ بن عُمَرَ .

فصل : وإن شَرَطَ أن يَبِيعَه متى شاءَ ، أو يَهَبَه ، أو يَرْجِعَ فيه ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ ، ولا الوَقْفُ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه يُنافِى مُقْتَضَى الوَقْفِ . ويَحْتَمِلُ أن يَفْسُدَ الشَّرْطُ ، ويَصِحَّ الوَقْفُ ، بِناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . وإن شَرَطَ الخِيَارَ فى الوَقْفِ ، فَسَدَ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال أبو يوسفَ ، فى رِوَايةٍ عنه : يَصِحُّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكُ المَنافِعِ ، فجازَ شَرْطُ الخِيَارِ فيه ، كالإجارَةِ . ولَنا ، أنه

---

(1) تقدم فى صفحة 184 .

شَرْطٌ يُنَافِى مُقْتَضَى العَقْدِ فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَ أنَّ له بَيْعَهُ متى شاءَ ، ولأنَّه إزَالَةُ مِلْكٍ لله تعالى ، فلم يَصِحَّ اشْتِرَاطُ الخِيَارِ فيه كالعِتْقِ[2] ، ولأنَّه ليس بعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، فلم يَصِحَّ اشْتِراطُ الخِيَارِ فيه ، كالهِبَةِ . ويُفَارِقُ الإجارَةَ ، فإنها عَقْدُ مُعَاوَضةٍ ، وهى نَوْعٌ من البَيْعِ ، ولأنَّ الخِيَارَ إذا دَخَلَ فى العَقْدِ ، مَنَعَ ثُبُوتَ حُكمِه قبلَ انْقِضَاءِ الخِيَارِ أو التَّصَرُّفِ ، وههُنا لو ثَبَتَ الخِيَارُ ، لَثَبَتَ مع ثُبُوتِ حُكْمِ الوَقْفِ ، ولم يَمْنَعِ التَّصَرُّفَ ، فافْتَرَقَا .

فصل : وإن شَرَطَ فى الوَقْفِ أن يُخْرِجَ مَنْ شاءَ مِن أهْلِ الوَقْفِ ، ويُدْخِلَ مَنْ شاءَ من غيرِهم ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه شَرْطٌ يُنَافِى مُقْتَضَى الوَقْفِ ، فأفْسَدَه . كما لو شَرَطَ أن لا يَنْتَفِعَ به[3] . وإن شَرَطَ لِلنَّاظِرِ أن يُعْطِىَ من يشَاءُ من أهْلِ الوَقْفِ ، ويَحْرِمَ مَن يَشَاءُ ، جازَ / ؛ لأنَّ ذلك ليس بإخْرَاجٍ لِلْمَوْقُوفِ عليه من الوَقْفِ ، وإنَّما عَلَّقَ استِحْقاقَ الوَقْفِ بصِفَةٍ ، فكأنَّه جَعَلَ له حَقًّا فى الوَقْفِ ، إذا اتَّصَفَ بإرَادَةِ الوَالِى لِعَطِيَّتِه[4] ، ولم يَجْعَلْ له حَقًّا إذا انْتَفَتْ تلك الصِّفَةُ فيه ، فأشْبَهَ ما لو وَقَفَ على المُشْتَغِلِينَ بالعِلْمِ[5] من وَلَدِه ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ منهم مَن اشْتَغَلَ به دُونَ مَن لم يَشْتَغِلْ ، فلو تَرَكَ المُشْتَغِلُ الاشْتِغَالَ زَالَ اسْتِحْقاقُه[6] ، وإذا عادَ إليه عادَ اسْتِحْقَاقُه . والله أعلمُ .

١٤٩/٥ و

فصل : إذا جَعَلَ عُلْوَ دارِه مَسْجِدًا دُونَ سُفْلِها ، أو سُفْلَها دون عُلْوِها ، صَحَّ ، وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ المَسْجِدَ يَتْبَعُه هَوَاؤُه . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ بَيْعُها ، كذلك يَصِحُّ[7] وَقْفُه ، كالدَّارِ جَمِيعِها ، ولأنَّه تَصَرُّفٌ يُزِيلُ المِلْكَ إلى مَن يَثْبُتُ له حَقُّ الاسْتِقْرارِ والتَّصَرُّفِ ، فجازَ فيما ذَكَرْنا كالبَيْعِ .

---

(٢) فى ب ، م : « كالعقد » .
(٣) سقط من : م .
(٤) فى الأصل : « بعطيته » .
(٥) سقط من : ب ، م .
(٦) فى ب ، م : « الاستحقاق » .
(٧) فى الأصل : « فصح » .

فصل : وإن جَعَلَ وَسَطَ دارِه مَسْجِدًا ، ولم يَذْكُر الاسْتِطْرَاقَ ، صَحَّ ، وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ حتى يَذْكُرَ الاسْتِطْرَاقَ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ يُبِيحُ الانْتِفاعَ ، من ضَرُورَتِه الاسْتِطْرَاقُ ، فصَحَّ ، وإن لم يَذْكُر الاسْتِطْراقَ ، كما لو أجَرَ بَيْتًا من دارِه .

فصل : إذا وَقَفَ على نَفْسِه ، ثم على المَسَاكِينِ ، أو على وَلَدِه ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحْداهما ، لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه قال ، فى رِوَايةِ أبى طَالِبٍ ، وقد سُئِلَ عن هذا ، فقال : لا أعْرِفُ الوَقْف إلَّا ما أخْرَجَهُ لِلّهِ ، (8)وفى سَبِيلِ اللهِ(8) ، فإذا وَقَفَهُ عليه حتى يَمُوتَ ، فلا أعْرِفُه . فعلى هذه الرِّوَايةِ يكونُ الوَقْفُ عليه باطِلًا . وهل يَبْطُلُ الوَقْفُ على مَنْ بَعدَه ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على الوَقْفِ المُنْقَطِعِ الابْتِداءِ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَمْليكٌ لِلرَّقَبةِ والمَنْفَعةِ(9) ، ولا يجوزُ أن يُمَلِّكَ الإنْسانُ نَفْسَهُ من نَفْسِه ، كما لا يجوزُ أن يَبِيعَ نَفْسَهَ مالَ نَفْسِه ، ولأنَّ الوَقْفَ على نَفْسِه إنَّما حاصِلُه مَنْعُ نَفْسِه التَّصَرُّفَ فى رَقَبةِ المِلْكِ ، فلم يَصِحَّ ذلك ، كما لو أفْرَدَه بأن يقولَ : لا أبِيعُ هذا ولا أهَبُه ولا أُوَرِّثُه . ونَقَلَ جَمَاعةٌ أنَّ الوَقْفَ صَحِيحٌ ، اخْتَارَه ابنُ أبى موسى . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهى أصَحُّ . وهو قولُ ابنِ أبى لَيْلَى ، وابن شُبْرُمَةَ ، وأبى يوسفَ ، وابنِ سُرَيْجٍ ؛ لما ذَكَرْنا فيما إذا اشْتَرَطَ أن يَرْجِعَ إليه شىءٌ من مَنَافِعِه ، ولأنَّه يَصِحُّ أن يَقِفَ وَقْفًا عامًّا فيَنْتَفِعَ به ، كذلك إذا خَصَّ نَفْسَه بِانْتِفَاعِه ، والأَوَّلُ أقْيَسُ .

٩٢١ ـ مسألة ؛ /قال : (**والْبَاقِى عَلَى مَنْ وَقَفَ عَلَيْهِ وأوْلَادِهِ الذُّكُورِ والإنَاثِ مِنْ أَوْلَادِ الْبَنِينَ بَيْنَهُمْ بالسَّوِيَّةِ ، إلَّا أنْ يَكُونَ الْوَاقِفُ فَضَّلَ بَعْضَهُمْ**) ٥/١٤٩ ظ

فى هذه المسألة فصولٌ أرْبَعةٌ :

(8 – 8) فى الأصل : « أو سبله » .

(9) فى الأصل : « أو للمنفعة » .

الأول : أنَّه إذا وَقفَ على قَوْمٍ وأَوْلَادِهم وعَقِبهم ونَسْلِهم ، كان الوَقْفُ بين القَوْمِ وأوْلَادِهم ، ومَنْ حدَثَ من نَسْلهم ، على سَبِيلِ الاشْتِرَاكِ ، إن لم تَقْتَرِنْ به قَرِينَةٌ تَقْتَضِى تَرْتِيبًا ؛ لأنَّ الواوَ تَقْتَضِى الاشْتِرَاكَ ، فإذا اجْتَمَعُوا اشْتَرَكُوا ، ولم يُقَدَّمْ بعضُهم على بعضٍ ، ويُشَارِكُ الآخِرُ الأَوَّلَ ، وإن كان من البَطْنِ العاشِرِ ، وإذا حَدَثَ حَمْلٌ لم يُشَارِكْ حتى يَنْفَصِلَ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن لا يكونَ حَمْلًا ، فلا يَثْبُتُ له حُكْمُ الوَلَدِ قبلَ انْفِصَالِه .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ على أَوْلَادِى ، ثم على المَسَاكِينِ . أو قال : عَلَى وَلَدِى ، ثم على المَسَاكِينِ . أو على وَلَدِ فُلَانٍ ، ثم على المَسَاكِينِ . فقد رُوِى عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّه يكونُ وَقْفًا على أوْلادِه ، وأوْلَادِ أوْلَادِه ، من الأَوْلَادِ البَنِين ، ما لم تكُنْ قَرِينَةٌ تَصْرِفُ عن ذلك . قال المَرُّوذِىُّ : قلتُ لأبِى عبدِ الله : ما تقولُ فى رَجُلٍ وَقَفَ ضَيْعَةً على وَلَدِه ، فماتَ الأَوْلادُ ، وتَرَكُوا النُّسْوَةَ حَوَامِلَ ؟ فقال : كلُّ ما كان من أَوْلَادِ الذُّكُورِ ، بَنَاتٍ كُنَّ أو بَنِينَ ، فالضَّيْعَةُ مَوْقُوفَةٌ عليهم ، وما كان من أوْلَادِ البَنَاتِ ، فليس لهم فيه[1] شيءٌ ؛ لأنَّهم من رَجُلٍ آخَرَ . وقال أيضا فى مَن وَقَفَ على وَلَدِ علىِّ بن إسماعِيلَ ، ولم يَقُلْ : إن ماتَ وَلَدُ[2] علىِّ بن إسماعيلَ دُفِعَ إلى وَلَدِ وَلَدِه ، فماتَ وَلَدُ علىِّ بن إسماعِيلَ : دُفِعَ إلى وَلَدِه أيضا ؛ لأنَّ هذا من وَلَدِ علىِّ بن إسماعِيلَ . وَوَجْهُ ذلك أنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِى أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[3] . فدَخَلَ فيه وَلَدُ البَنِين وإن سَفَلُوا . ولمَّا قال : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ﴾[3] . فتَنَاوَلَ وَلَدَ البَنِين ، وكذلك كلُّ مَوْضِعٍ ذَكَرَ اللهُ تعالى الوَلَدَ دَخَلَ فيه وَلَدُ البَنِين ، فالمُطْلَقُ من كَلَامِ الآدَمِىِّ إذا خَلَا عن قَرِينَةٍ ، يَنْبَغِى أن يُحْمَلَ على المُطْلَقِ من كلامِ اللهِ تعالى ، ويُفَسَّرُ بما يُفَسَّرُ به . ولأنَّ وَلَدَ وَلَدِه وَلَدٌ

---

(١) فى الأصل : « منه » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ١١ .

له ، بِدَلِيلِ قولِ الله تعالى : ﴿ يَا بَنِي آدَمَ ﴾ و ﴿ ويَابَنِي إِسْرَائِيلَ ﴾ . وقال النبيُّ ﷺ : « ارْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا »[٤] . وقال : « نَحْنُ بَنُو النَّضْرِ ابْنِ كِنَانَةَ »[٥] . والقَبَائِلُ كلها تُنْسَبُ إلى جُدُودِها . ولأنَّه لو وَقَفَ على وَلَدِ فُلَانٍ ، وهم قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فيه / وَلَدُ البَنِين ، فكذلك إذا لم يَكُونُوا قَبِيلَةً . وقال القاضى ، وأصْحابُه : لا يَدْخل فيه وَلَدُ الوَلَدِ بحالٍ ، سواءٌ فى ذلك وَلَدُ البَنِين وَوَلَدُ البَنَاتِ ؛ لأنَّ الوَلَدَ حَقِيقَةً وعُرْفًا إنَّما هو وَلَدُه لِصُلْبِه ، وإنَّما يُسَمَّى وَلَدُ الوَلَدِ وَلَدًا مجازًا ، ولهذا يَصِحُّ نَفْيُه ، فيُقال : ما هذا وَلَدِى ، إنَّما هو وَلَدُ وَلَدِى . وإن قال : على وَلَدِى لِصُلْبِى . فهو آكَدُ . وإن قال : على وَلَدِى ، وَوَلَدِ وَلَدِى ، ثم على المَسَاكِينِ . دَخَلَ فيه البَطْنُ الأوَّلُ والثانى ، ولم يَدْخُلْ فيه البَطْنُ الثالِثُ . وإن قال : على وَلَدِى ، وَوَلَدِ وَلَدِى ، وَوَلَدِ وَلَدِ وَلَدِى . دَخَلَ فيه ثلاثةُ بُطُونٍ دُونَ مَنْ بعدَهم . ومَوْضِعُ الخِلَافِ المُطْلَق ، فأمَّا مع وُجُودِ دَلَالَةٍ تَصْرِفُ إلى أحدِ المَحْمِلَيْنِ ، فإنَّه يُصْرَفُ إليه بغيرِ خِلَافٍ ، مثل أن يقولَ : على وَلَدِ فُلَانٍ . وهم قَبِيلَةٌ ليس فيهم وَلَدٌ من صُلْبِه ، فإنَّه يُصْرَفُ إلى أوْلادِ الأوْلادِ بغير خِلَافٍ . وكذلك إن قال : على أوْلَادِى ، أو وَلَدِى . وليس له وَلَدٌ من صُلْبِه . أو قال : ويُفَضَّلُ وَلَدُ الأكْبَرِ أو الأعْلَمِ على غيرِهم . أو قال : فإذا خَلَتِ الأرْضُ من عَقِبِى عادَ إلى المَسَاكِينِ . أو قال : على وَلَدِى غيرِ وَلَدِ البَنَاتِ . أو غيرِ وَلَدِ فُلَانٍ . أو قال : يُفَضَّلُ البَطْنُ الأعْلَى على الثانى . أو قال : الأعْلَى فالأعْلَى . وأشْباه ذلك ، فهذا يُصْرَفُ لَفْظُه إلى جَمِيعِ نَسلِه وعاقِبَته . وإن اقْتَرَنَتْ به قَرِينَةٌ تَقْضِى تَخْصِيصَ أوْلادِه لِصُلْبِه بالوَقْفِ ، مثل أن يقول : على وَلَدِى لِصُلْبِى . أو الذين يَلُونَنِى . ونحو هذا ، فإنَّه يَخْتَصُّ بالبَطْنِ الأوَّلِ دُونَ غيرِهم . وإذا قُلْنا بالتَّعْمِيمِ فيهم ،

١٥٠/٥ و

---

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب التحريض على الرمى ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب قول الله تعالى : واذكر فى الكتاب إسماعيل ... ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب نسبة اليمن إلى إسماعيل ، من كتاب المناقب . صحيح البخارى ٤/٤٥ ، ١٧٩ ، ٢١٩ . وابن ماجه ، فى : باب الرمى فى سبيل الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٢/٩٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٣٦٤ ، ٤/٥٠ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من نفى رجلا من قبيلة ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/٨٧١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٨٧١ .

إمَّا لِلْقَرِينَةِ ، وإمَّا لِقَوْلِنا بأن المُطْلَقَ يَقْتَضِى التَّعْمِيمَ و لم يكُنْ فى لَفْظِه ما يَقْتَضِى تَشْرِيكًا ولا تَرْتِيبًا ، احْتَمَلَ أن يكونَ بينهم كلِّهم على التَّشْرِيكِ ، لأنَّهم دَخَلُوا فى اللَّفْظِ دُخُولًا واحِدًا ، فوَجَبَ أن يكونَ بينهم مُشْتَرَكًا ، كما لو أقَرَّ لهم بِدَيْنٍ ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ على التَّرْتِيبِ ، على حَسَبِ التَّرْتِيبِ فى المِيرَاثِ . وهذا ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لقولِه فى مَن وَقَفَ على وَلَدِ عَلِىِّ بن إسماعيلَ ، و لم يَقُلْ : إن ماتَ وَلَدُ علىِّ بن إسماعيلَ دُفِعَ إلى وَلَدِ وَلَدِه . فماتَ وَلَدُ علىِّ بن إسماعيلَ ، وتَرَكَ وَلَدًا ، فقال : إن ماتَ بعضُ وَلَدِ علىِّ بن إسْمَاعِيلَ دُفِعَ إلى وَلَدِه أيضًا ؛ لأنَّ هذا من وَلَدِ علىِّ بن إسماعيلَ . فجَعَلَه لِوَلَدِ من ماتَ من وَلَدِ علىِّ بن إسماعيلَ عندَ مَوْتِ أَبِيه ، وذلك أنَّ وَلَدَ البَنِين لمَّا دَخَلُوا فى / قولِ اللهِ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . و لم يَسْتَحِقّ وَلَدُ البَنِين شَيْئًا مع وُجُودِ آبَائِهِم ، واسْتَحَقُّوا عندَ فَقْدِهِم ، كذا هٰهُنا . فأمَّا إن وَصَّى لِوَلَدِ فُلَانٍ ، وهم قَبِيلَةٌ ، فلا تَرْتِيبَ فيه ، ويَسْتَحِقُّ الأعْلَى والأسْفَلُ على كلِّ حالٍ . ٥/١٥٠ ظ

فصل : وإن رَتَّبَ فقال : وَقَفْتُ هذا على وَلَدِى ، وَوَلَدِ وَلَدِى ، ما تَنَاسَلُوا وتَعَاقَبُوا ، الأعْلَى فالأعْلَى ، أو الأقْرَبُ فالأقْرَب ، أو الأوَّلُ فالأوَّلُ ، أو البَطْنُ الأوَّلُ ثم البَطْنُ الثانى ، أو على أوْلَادِى ، ثم على أوْلَادِ أوْلَادِى ، أو على أوْلَادِى ، فإن انْقَرَضُوا فعلى أوْلَادِ أولادِى . فكلُّ هذا على التَّرْتِيبِ ، فيكونُ على ما شَرَطَ ، ولا يَسْتَحِقُّ البَطْنُ الثانى شَيْئًا حتى يَنْقَرِضَ البَطْنُ كلُّه . ولو بَقِىَ واحِدٌ من البَطْنِ الأوَّلِ ، كان الجَمِيعُ له ؛ لأنَّ الوَقْفَ ثَبَتَ بقَوْلِه ، فيُتَّبَعُ فيه مُقْتَضَى كَلَامِه . وإن قال : على أوْلادِى ، وأوْلَادِهم ما تَعَاقَبُوا وتَنَاسَلُوا ، على أنَّه مَن ماتَ منهم على وَلَدٍ كان ما كان جارِيًا عليه جارِيًا على وَلَدِه . كان ذلك دَلِيلًا على التَّرْتِيبِ ؛ لأنَّه لو اقْتَضَى التَّشْرِيكَ لَاقْتَضَى التَّسْوِيَةَ ، ولو جَعَلْنا لِوَلَدِ الوَلَدِ سَهْمًا مثلَ سَهْمِ أبِيه ، ثم دَفَعْنا إليه سَهْمَ أبِيه ، صارَ له سَهْمانِ ، ولغيرِه سَهْمٌ ، وهذا يُنَافِى التَّسْوِيَةَ ، ولأنَّه يُفْضِى إلى تَفْضِيلِ وَلَدِ الابْنِ على الابْنِ ، والظاهِرُ مِن إرادَةِ الوَاقِفِ خِلَافُ هذا . فإذا ثَبَتَ التَّرْتِيبُ فإنه يَتَرَتَّبُ بين

كل وَالِدٍ[6] وَوَلَدِه ، فإذا ماتَ عن وَلَدٍ انْتقَلَ إلى وَلَدِه سَهْمُه ، سواءٌ بَقِىَ من البَطْنِ الأوّلِ أحَدٌ أو لم يَبْقَ .

فصل : وإن رَتَّبَ بعضَهم دُونَ بعضٍ ، فقال : وَقَفْتُ على وَلَدِى ، ووَلَدِ وَلَدِى ، ثم على أوْلَادِهِم . أو على أوْلَادِى ، ثم على أوْلَادِ أوْلَادِى وأوْلَادِهِم ، ما تَنَاسَلُوا وتَعَاقَبُوا . أو قال : على أوْلَادِى وأوْلَادِ أوْلَادِى ، ثم على أوْلَادِهِم وأوْلَادِ أوْلَادِهم ، ما تَنَاسَلُوا . فهو على ما قال ، يَشْتَرِكُ من شَرَّكَ بينهم بالواو المُقْتَضِيَةِ لِلْجَمْعِ والتَّشْرِيكِ ، ويَتَرَتَّبُ[7] مَن رَتَّبَهُ بحَرْفِ التَّرْتِيبِ . ففى المَسْأَلةِ الأُولَى يَشْتَرِكُ الوَلَدُ ووَلَدُ الوَلَدِ ، ثم إذا انْقَرَضُوا صارَ [8]لمن بعدَهم . وفى الثانية يَخْتَصُّ به الوَلَدُ ، فإذا انْقَرَضُوا صارَ[8] مُشْتَرَكًا بين مَنْ بعدَهم . وفى الثالثةِ يَشْتَرِكُ فيه البَطْنانِ الأوَّلَانِ دُونَ غيرِهم ، فإذا انْقَرَضُوا اشْتَرَكَ فيه مَنْ بعدَهم .

فصل : وإن قال : وَقَفْتُ على أوْلَادِى ، ثم على أوْلَادِ أوْلَادِى ، / على أنَّه مَنْ ماتَ من أوْلَادِى عن وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لِوَلَدِه ، أو فنَصِيبُه لإخْوَتِه ، أو لِوَلَدِ وَلَدِه ، أو لِوَلَدِ أخِيه ، أو لأخَوَاتِه ، أو لِوَلَدِ أخَوَاتِه . فهو على ما شَرَطَهُ . وإن قال : مَنْ ماتَ منهم عن وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لِوَلَدِه ، ومَنْ ماتَ منهم عن غيرِ وَلَدٍ ، فنَصِيبُه لأهْلِ الوَقْفِ . وكان له ثَلاثَةُ بَنِين ، فماتَ أحَدُهُم عن ابْنَينِ ، انْتَقَلَ نَصِيبُه إليهما ، ثم ماتَ الثانى عن غيرِ وَلَدٍ ، فنَصِيبُه[9] لأخِيه وابْنَىْ أخِيه بالسَّوِيَّةِ ؛ لأنَّهم أهْلُ الوَقْفِ . ثم إن ماتَ أحَدُ ابْنَىِ الابْنِ عن غيرِ وَلَدٍ ، انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى أخِيه وعَمِّه ؛ لأنَّهما أهْلُ الوَقْفِ . ولو ماتَ أحدُ البَنِين الثَّلاثَة عن غيرِ وَلَدٍ ، وخَلَفَ [10]أخَوَيْهِ وابْنَىْ[10] أخٍ له ، فنَصِيبُه لأخَوَيْهِ[11]

(١٥١/٥ و)

---

(٦) فى م : « ولد » .

(٧) فى م : « وترتيب » .

(٨ - ٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٩) تكرر بعد هذا فى م قوله : « لأهل الوقف وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ثم مات الثانى عن غير ولد فنصيبه » السابق .

(١٠ - ١٠) فى الأصل : « إخوته وبنى » .

(١١) فى الأصل : « لأخوته » .

دون ابْنَىْ أخِيه ؛ لأنَّهما لَيْسَا من أهْلِ الوَقْفِ ما دام أبوهُما حَيًّا ، فإذا ماتَ أبوهُما ، صارَ نَصِيبُه لهما . فإذا ماتَ الثالِثُ ، كان نَصِيبُه لِابْنَىْ أخِيه بالسَّوِيَّةِ ، إن لم يُخَلِّفْ وَلَدًا ، وإن خَلَّفَ ابْنًا واحِدًا ، فله نَصِيبُ أبِيه ، وهو النِّصْفُ ، ولِابْنَىْ عَمِّه النِّصْفُ لكلِّ واحِدٍ الرُّبْعُ . وإن قال : مَنْ ماتَ منهم عن[12] غيرِ وَلَدٍ ، كان ما كان جارِيًا عليه جارِيًا على مَنْ هو فى دَرَجَتِه ، فإن كان الوَقْفُ[13] مُرَتَّبًا بَطْنًا بعدَ بَطْنٍ ، كان نَصِيبُ المَيِّتِ عن غيرِ وَلَدٍ لأهْلِ البَطْنِ الذى هو منه ، وإن كان مُشْتَرَكًا بين البُطُونِ كلِّها ، احْتَمَلَ أن يكونَ نَصِيبُه بين أهْلِ الوَقْفِ كلِّهم ؛ لأنَّهم فى اسْتِحْقاقِ الوَقْفِ سَواءٌ ، فكانوا فى دَرَجَتِه من هذه الجِهَةِ ، ولأنَّنا لو صَرَفْنا نَصِيبَه إلى بعضِهم ، أفْضَى إلى تَفْضِيلِ بعضِهم ، والتَّشْرِيكُ يَقتَضِى التَّسْوِيَةَ . فعلى هذا يكونُ وُجُودُ هذا الشَّرْطِ كَعَدَمِه ؛ لأنَّه لو سَكَتَ عنه ، كان الحُكْمُ فيه كذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَعُودَ نَصِيبُه إلى سائِرِ أهْلِ البَطْنِ الذى هو منه ؛ لأنَّهم فى دَرَجَتِه فى القُرْبِ إلى الجَدِّ الذى يَجْمَعُهُم ، ويَسْتَوِى فى ذلك إخْوَتُه وبَنُو عَمِّه وبَنُو بَنِى عَمِّ أبِيه ؛ لأنَّهم سَواءٌ فى القُربِ ، ولأنَّنا لو شَرَّكْنا بين أهْلِ الوَقْفِ كلِّهم فى نَصِيبِه ، لم يكُنْ فى هذا الشَّرْطِ فائِدَةٌ ، والظاهِرُ أنَّه قَصَدَ شيئًا يُفِيدُ . فعلى هذا إن لم يكُنْ فى دَرَجَتِه أحَدٌ ، بَطَلَ هذا الشَّرْطُ ، وكان الحُكْمُ فيه كما لو لم يَذْكُرْه . وإن كان الوَقْفُ على البَطْنِ الأوَّلِ ، على أنَّه من ماتَ منهم عن وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى وَلَدِه ، ومن ماتَ عن غيرِ وَلَدٍ انْتَقَلَ نَصِيبُه إلى مَنْ فى دَرَجَتِه ، ففيه ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحَدُها ، أن يكونَ نَصِيبُه بين أهْلِ الوَقْفِ كلِّهم ، يَتَساوُونَ فيه / سواءٌ كانُوا[14] من بَطْنٍ واحِدٍ أو من بُطُونٍ ، وسواء تَساوَتْ أنْصِباؤُهُم فى الوَقْفِ ، أو اخْتَلَفَتْ ؛ لما ذَكَرْنا من قبلُ . والثانى ، أن يكونَ لأهْلِ بَطْنٍ[15] ، سواءٌ كانوا من أهْلِ

١٥١/٥ ظ

(١٢) فى م : « من » .

(١٣) فى م : « الواقف » .

(١٤) فى م : « كان » .

(١٥) فى م : « بطنه » .

الوَقْفِ أو لم يكونُوا ، مثل أن يكونَ البَطْنُ الأولُ ثَلاثةً ، فماتَ أحَدُهُم عن ابنٍ ، ثم ماتَ الثانى عن ابْنَيْنِ ، فماتَ أحَدُ الابْنَيْنِ ، وتَرَكَ أخَاهُ وعَمَّه وابنَ عَمِّه وابْنَا لِعَمِّه الحَىِّ ، فيكون نَصِيبُه بين أخِيهِ وابْنَىْ عَمِّه . والثالث ، أن يكونَ لأهْلِ بَطْنِه من أهْلِ الوَقْفِ ، فيكونَ نَصِيبُه على هذا لأخِيه وابنِ عَمِّه الذى ماتَ أبُوه ، فإن كان فى دَرَجَتِه فى النَّسَبِ مَنْ ليس من أهْلِ الاسْتِحْقاقِ بحالٍ ، كرَجُلٍ له أرْبعةُ بَنِين ، وَقَفَ على ثَلاثةٍ منهم على هذا الوَجْهِ المَذْكُورِ ، وتَرَكَ الرَّابِعَ ، فماتَ أحدُ الثَّلاثةِ عن غيرِ وَلَدٍ ، لم يكنْ لِلرَّابعِ فيه شىءٌ ، لأنَّه ليس من أهْلِ الاسْتِحْقاقِ ، فأشْبَهَ ابنَ[16] عَمِّهِم .

فصل : وإن وَقَفَ على بَنِيه وهم ثلاثةٌ ، على أنَّ مَنْ ماتَ منهم[17] من فُلَانٍ وفُلَانٍ وأوْلَادِهم عن وَلَدٍ فنَصِيبُه لِوَلَدِه ، وإن ماتَ فلانٌ فنَصِيبُه لأهْلِ الوَقْفِ . فهو على ما شَرَطَ . وكذلك إن كان له بَنُونَ وبَنَاتٌ ، فقال : من ماتَ من الذُّكُورِ فنَصِيبُه لِوَلَدِه ، ومن ماتَ من البَنَاتِ فنَصِيبُها لأهْلِ الوَقْفِ . فهو على ما قال . وإن قال : على أوْلَادِى ، على أن يُصْرَفَ إلى البَنَاتِ منه ألْفٌ ، والباقِى لِلْبَنِين . لم يَسْتَحِقَّ البَنُونَ شَيْئًا حتى تَسْتَوْفِىَ البَنَاتُ الألْفَ ؛ لأنَّه جَعَلَ لِلْبَنَاتِ مُسَمًّى ، وجَعَلَ لِلْبَنِين الفاضِلَ عنه ، فكان الحُكْمُ فيه على ما قال ، فجَعَلَ البَنَاتَ كذَوِى الفُرُوضِ الذين سَمَّى اللهُ لهم فَرْضًا ، وجَعَلَ البَنِينَ كالعَصَبَاتِ الذين لا يَسْتَحِقُّون إلَّا ما فَضَلَ عن ذَوِى الفُروضِ .

فصل : فإن كان له ثلاثةُ بَنِينَ فقال : وَقَفْتُ على وَلَدَىَّ فُلَانٍ وفُلَانٍ ، وعلى وَلَدِ وَلَدِى . كان الوَقْفُ على الابْنَيْنِ المُسَمَّيَيْنِ ، وعلى أوْلَادِهما ، وأوْلَادِ الثَّالِثِ ، وليس للثالثِ شىءٌ . وقال القاضى : يَدْخُلُ الثالثُ فى الوَقْفِ . وذكَرَ أن أحمدَ قال فى رَجُلٍ قال : وَقَفْتُ هذه الضَّيْعةَ على وَلَدَىَّ فُلَانٍ وفُلَانٍ ، وعلى وَلَدِ وَلَدِى . وله وَلَدٌ غير

---

(١٦) فى الأصل : « بنى » .

(١٧) سقط من : م .

هؤلاءِ ، قال : يَشْتَرِكُونَ فى الوَقْفِ . واحْتَجَّ القاضى بأنَّ قولَه : وَلَدِى . يَسْتَغْرِقُ الجِنْسَ ، فيَعُمُّ الجَمِيعَ ، وقولَه : فلان وفلان . تَأْكِيدٌ لبعضِهم ، فلا يُوجِبُ إخْرَاجَ بَقِيَّتِهم ، كالعَطْفِ فى قوله تعالى : ﴿ مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ وَمَلَائِكَتِهِ وَرُسُلِهِ وَجِبْرِيلَ وَمِيكَالَ ﴾[18] . ولَنا ، أنَّه أبْدَلَ بعضَ / الوَلَدِ من اللَّفْظِ المُتَنَاوِلِ لِلْجَمِيعِ ، فاخْتصَّ بالبعضِ المُبْدَلِ ، كما لو قال : على وَلَدِى فُلَانٍ . وذلك لأنَّ بَدَلَ البعضِ يُوجِبُ اخْتِصَاصَ الحُكْمِ به ، كقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾[19] . لما خَصَّ المُسْتَطِيعَ بالذِّكْرِ ، اخْتَصَّ الوُجُوبُ به . ولو قال : ضَرَبْتُ زَيْدًا رَأْسَه . ورَأَيْتُ زَيْدًا وَجْهَهُ . اخْتصَّ الضَّرْبُ بالرَّأْسِ ، والرُّؤْيَةُ بالوَجْهِ . ومنه قولُ الله تعالى : ﴿ وَيَجْعَلَ ٱلْخَبِيثَ بَعْضَهُۥ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾[20] . وقولُ القائِلِ : طَرَحْتُ الثِّيابَ بعضَها فوقَ بعضٍ . فإنَّ الفَوْقِيَّةَ تَخْتَصُّ بالبعضِ مع عُمُومِ اللَّفْظِ الأَوَّلِ . كذا هٰهُنا . وفارَقَ العَطْفَ ، فإنَّ عَطْفَ الخاصِّ على العامِّ يَقْتَضِى تَأْكِيدَه ، لا تَخْصِيصَه . وقولُ أحمدَ : هم شُرَكَاءُ . يَحْتَمِلُ أن يَعُودَ إلى أوْلَادِ أولادِه ، أى يَشْتَرِكُ أوْلَادُ المَوْقُوفِ عليهما[21] وأوْلَادُ غيرِهم ؛ لِعُمُومِ لَفظِ الواقِفِ فيهم ، ويَتَعَيَّنُ حَمْلُ كَلَامِه عليه ، لِقِيامِ الدَّلِيلِ عليه . ولو قال : على وَلَدَىَّ فُلَانٍ وفُلَانٍ ، ثم على المَسَاكِينِ . خُرِّجَ فيه من الخِلَافِ مثلُ ما ذَكَرْنا . ويَحْتَمِلُ (22على قَوْلِ القاضى22) أن يَدْخُلَ فى الوَقْفِ وَلَدُ وَلَدِه ؛ لأنَّنا قد ذَكَرْنا من قبلُ أن ظاهِرَ كلامِ أحمدَ أنَّ قولَه : وَقَفْتُ على وَلَدِى . يَتَنَاوَلُ نَسْلَه وعاقِبَتَه كلَّها .

١٥٢/٥ و

فصل : ومن وَقَفَ على (23أوْلَادِه أو أوْلَادِ غيرِه23) ، وفيهم حَمْلٌ ، لم يَسْتَحِقّ

---

(١٨) سورة البقرة ٩٨ .

(١٩) سورة آل عمران ٩٧ .

(٢٠) سورة الأنفال ٣٧ .

(٢١) فى الأصل : « عليهم » .

(٢٢ – ٢٢) سقط من : م .

(٢٣ – ٢٣) فى الأصل : « أولاد وأولاد غيره » . وفى م : « أولاد أو أولاده غيره » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

شَيْئًا قبلَ انْفِصَالِه ؛ لأنَّه لم تَثْبُتْ له أحْكَامُ الدُّنْيَا قبلَ انْفِصَالِه . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ جعفرِ بن محمدٍ ، فى مَن وَقَفَ نَخْلًا على قَوْمٍ ، وما تَوَالَدُوا ، ثم وُلِدَ مَوْلُودٌ: فإن كانت النَّخْلُ قد أُبِّرَتْ ، فليس له فيه شىءٌ ، وهو للأوَّلِ ، وإن لم تكنْ قد أُبِّرَتْ ، فهو معهم . وإنَّما قال ذلك لأنَّها قبلَ التَّأْبِيرِ تَتْبَعُ الأَصْلَ فى البَيْعِ ، وهذا المَوْلُودُ[24] يَسْتَحِقُّ نَصِيبَه من الأصْلِ فيَتْبَعُه حِصَّتُه من الثَّمرَةِ ، كما لو اشْتَرَى ذلك النَّصِيبَ من الأصْلِ ، وبعدَ التَّأْبِيرِ لا تَتْبَعُ الأصْلَ ، وَيسْتَحقُّها مَنْ كان له الأصْلُ ، فكانت للأوَّلِ ؛ لأنَّ الأصْلَ كان كلُّه له ، فاسْتَحَقَّ ثَمَرَتَه ، كما لو باعَ هذا النَّصِيبَ منها ، ولم يَسْتَحِقَّ المَوْلُودُ منها شَيْئًا كالمُشْتَرِى . وهكذا الحُكْمُ فى سائِرِ ثَمَرِ الشَّجَرِ الظاهِرِ ، فإن المَوْلُودَ لا يَسْتَحَقُّ منه شَيْئًا ، ويَسْتَحِقُّ ممَّا[25] ظَهَرَ بعدَ وِلَادَتِه . وإن كان الوَقْفُ أرْضًا فيها زَرْعٌ يَسْتَحِقُّه البائِعُ ، فهو للأوَّلِ . وإن كان ممَّا يَسْتَحِقُّه المُشْتَرِى ، فلِلْمَوْلودِ حِصَّتُه منه ؛ لأنَّ المَوْلُودَ يَتَجَدَّدُ اسْتِحْقاقُه للأصْلِ ، كتَجَدُّدِ مِلْكِ المُشْتَرِى فيه .

١٥٢/٥ ظ **الفصل الثانى** : إذا وَقَفَ على قَوْمٍ ، / وأوْلَادِهم ، وعَاقِبَتِهم ، ونَسْلِهم . دَخَلَ فى الوَقْفِ وَلَدُ البَنِين ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ، فأمَّا وَلَدُ البَنَاتِ ، فقال الخِرَقِىُّ : لا يَدْخُلُون فيه . وقد قال أحمدُ ، فى مَن وَقَفَ على وَلَدِه : ما كان مِن وَلَدِ البَنَاتِ فليس لهم فيه شىءٌ . فهذا النَّصُّ يَحْتَمِلُ أن يُعَدَّى إلى هذه المَسْأَلةِ ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مَقْصُورًا على مَنْ وَقَفَ على وَلَدِه ولم يَذْكُرْ وَلَدَ وَلَدِه . وقد ذَكَرْنا ذلك فيما تَقَدَّمَ . وممَّن قال إنَّهُ[26] لا يَدْخُلُ وَلَدُ البَنَاتِ فى الوَقْفِ الذى على أوْلَادِه وأوْلَادِ أوْلَادِه ، مالِكٌ ، ومحمدُ بن الحَسَنِ . وهكذا إذا قال : على ذُرِّيَتِهم ونَسْلِهم . وقال أبو بكرٍ ، وعبدُ الله ابن حامِدٍ : يَدْخُلُ فيه وَلَدُ البَنَاتِ . وهو مذهبُ الشافِعِىِّ ، وأبى يوسفَ ؛ لأنَّ البَنَاتَ أوْلَادُه ، [27]فأَوْلادُهُنَّ أولادُ الأولادِ[27] حَقِيقَةً ، فيَجِبُ أن يَدْخُلُوا فى

---

(٢٤) فى الأصل : « الموجود » .

(٢٥) فى الأصل : « ما » .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧ – ٢٧) فى م : « وأولادهن أولاد » .

الوَقْفِ ، لِتَناوُلِ اللَّفْظِ لهم ، وقد دَلَّ على صِحَّةِ هذا قولُ الله تعالى : ﴿ وَنُوحًا هَدَيْنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وسُلَيْمَانَ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَعِيسَى ﴾[٢٨] . وهو من وَلَدِ بِنْتِه ، فَجَعَلَه من ذُرِّيَّتِه ، وكذلك ذَكَرَ اللهُ تعالى قِصَّةَ عيسى وإبراهِيمَ وموسى وإسماعيلَ وإدْرِيسَ ، ثم قال : ﴿ أُولَئِكَ ٱلَّذِينَ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِم مِّنَ النَّبِيِّينَ مِن ذُرِّيَّةِ آدَمَ وَمِمَّنْ حَمَلْنَا مَعَ نُوحٍ وَمِنْ ذُرِّيَّةِ إِبْرَاهِيمَ وإِسْرَائِيلَ ﴾[٢٩] . وعيسى معهم . وقال النبيُّ ﷺ لِلْحَسَنِ : « إنَّ ابْنِى هٰذَا سَيِّدٌ »[٣٠] . وهو وَلَدُ بِنْتِه . ولمَّا قال الله تعالى : ﴿ وحَلَائِلُ أَبنائِكُمُ ﴾[٣١] . دَخَلَ فى التَّحْرِيمِ حَلَائِلُ أبناءِ البَنَاتِ ، ولمَّا حَرَّمَ الله تَعَالَى البَنَاتِ ، دَخَلَ فى التَّحْرِيمِ بَنَاتُهُنَّ . وَوَجْهُ قولِ الخِرَقِيِّ ، أنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِى أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . فدَخَلَ فيه وَلَدُ البَنِين دون وَلَدِ البَنَاتِ ، وهكذا كلُّ مَوْضِعٍ ذُكِرَ فيه الوَلَدُ فى الإرْثِ والحَجْبِ ، دَخَلَ فيه وَلَدُ البَنِين دون وَلَدِ البَنَاتِ . ولأنَّه لو وَقَفَ على وَلَدِ رَجُلٍ ، وقد صَارُوا قَبِيلَةً ، دَخَلَ فيه وَلَدُ البَنِين دون وَلَدِ البَنَاتِ بالاتِّفَاقِ ، وكذلك قبلَ أن يَصِيرُوا قَبِيلَةً . ولأنَّه لو وَقَفَ على وَلَدِ العَبَّاسِ فى عَصرِنَا ، لم يَدْخُلْ فيه وَلَدُ بَنَاتِه ، فكذلك إذا وَقَفَ عليهم فى حَيَاتِه ، ولأنَّ وَلَدَ البَنَاتِ مَنْسُوبُونَ إلى آبائِهم دون أُمَّهاتِهِم ، قال الشاعِرُ[٣٢] :

---

(٢٨) سورة الأنعام ٨٤ ، ٨٥ .

(٢٩) سورة مريم ٥٨ .

(٣٠) تقدم تخريجه فى : ٤/٩٨ .

(٣١) سورة النساء ٢٣ .

(٣٢) نسب البيت للفرزدق . وهو فى : الحماسة ، لأبى تمام ١/٢٧٤ . وانظر حاشية دلائل الإعجاز ٣٧٤ .

بَنُونَا بَنُـو أَبنائِنَـا وبَنَاتُنَـا بَنُوهُنَّ أَبْناءُ الرِّجَالِ الأَباعِدِ

١٥٣/٥ و وقولُهم : إنَّهم أَوْلَادُ / أَوْلَادٍ[٣٣] حَقِيقةً . قُلْنا : إلَّا أنَّهم لا يُنْسَبُونَ إلى الواقِفِ عُرْفًا ، ولذلك لو قال : أَوْلَادُ أَوْلَادِى المُنْتَسِبِينَ إلىَّ . لم يَدْخُلْ هؤلاءِ فى الوَقْفِ . ولأنَّ وَلَدَ الهاشِمِيَّةِ من غير الهاشِمِىِّ ليس بِهَاشِمِىٍّ ، ولا يُنْسَبُ إلى أبيها . وأمَّا عيسى عليه السَّلَامُ ، فلم يكُنْ له أَبٌ يُنْسَبُ إليه ، فنُسِبَ إلى أُمِّه لِعَدَمِ أَبِيهِ ، ولذلك يقال عيسى ابن مريمَ ، وغيرُه إنَّما يُنْسَبُ إلى أبيه ، كيحيى بن زكريَّا . وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « إنَّ ابْنِى هـٰذَا سَيِّدٌ » . تَجَوُّزٌ بغير خِلَافٍ ، بِدَلِيلِ قولِ الله تعالى : ﴿ مَّا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ ﴾[٣٤] . وهذا الخِلَافُ فيما إذا لم يُوجَدْ ما يَدُلُّ على تَعْيِينِ أَحَدِ الأَمْرَيْنِ ، فأمَّا إن وُجِدَ ما يَصْرِفُ اللَّفْظَ إلى أحَدِهما ، انْصَرَفَ إليه . ولو قال : على أَوْلَادِى ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِى ، على أن لِوَلَدِ البَنَاتِ سَهْمًا ، ولِوَلَدِ البَنِين سَهْمَيْنِ . أو : فإذا خَلَتِ الأَرْضُ ممَّن يَرْجِعُ نَسَبُه إلىَّ من قِبَلِ أبٍ أو أُمٍّ ، كان لِلْمَساكِينِ . أو كان البَطْنُ الأَوَّل من أَوْلادِه المَوْقُوفُ عليهم كلُّهم بَنَاتٌ ، وأَشْباهُ هذا ممَّا يَدُلُّ على إرادَةِ وَلَدِ البَنَاتِ بالوَقْفِ ، دَخَلُوا فى الوَقْفِ . وإن قال : على أَوْلَادِى ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِى المُنْتَسِبِينَ إلىَّ ، أو غير ذَوِى الأَرْحَامِ ، أو نحو ذلك . لم يَدْخُلْ فيه وَلَدُ البَنَاتِ . وإن قال : على وَلَدِى فُلَانٍ وفُلَانةَ وفُلَانةَ[٣٥] ، وأَوْلَادِهم ، دَخَلَ فيه وَلَدُ البَنَاتِ . وكذلك لو قال : على أنَّه مَن ماتَ منهم عن وَلَدِه فنَصِيبُه لِوَلَدِه . وإن قال الهاشِمِىُّ : وَقَفْتُ على أَوْلَادِى ، وأَوْلَادِ أولَادِى الهاشِمِيِّينَ . لم يَدْخُلْ فى الوَقْفِ من أَوْلَادِ بَنَاتِه مَن كان غيرَ هاشِمِىٍّ . فأمَّا مَن كان هاشِمِيًّا من غيرِ أَوْلَادِ بَنِيه ، فهل يَدْخُلُونَ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أُولاهما ، أنَّهم يَدْخُلُونَ ؛ لأنَّهم اجْتَمَعَ فيهم الصِّفَتَانِ جَمِيعًا ، كَوْنُهم من أَوْلَادِ أَوْلَادِه ، وكَوْنُهم هاشِمِيِّينَ . والثانى ، لا يَدْخُلُونَ ؛ لأنَّهم لم يَدْخُلُوا فى مُطْلَقِ

---

(٣٣) فى الأصل : « أولاده » .

(٣٤) سورة الأحزاب ٤٠ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

أَوْلَادِ أَوْلَادِه ، فأَشْبَهَ ما لو لم يَقُل الهاشِمِيِّينَ . وإن قال : على أَوْلَادِى ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِى ، مِمَّا يُنْسَبُ إلى قَبِيلَتِى . فكذلك .

الفصل الثالث : أنَّه إذا وَقَفَ على أَوْلَادِ رَجُلٍ ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِه ، اسْتَوَى فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى ؛ لأنَّه تَشْرِيكٌ[٣٦] بينهم ، وإطْلَاقُ التَّشْرِيكِ يَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ ، كما لو أقَرَّ لهم بشىءٍ ، وكَوَلَدِ الأُمِّ فى المِيرَاثِ حين شَرَّكَ اللهُ تعالى بينهم فيه ، فقال : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾[٣٧] . تَسَاوَوْا فيه ، ولم يُفَضِّلْ بعضَهم على بعضٍ . وليس كذلك فى مِيرَاثِ وَلَدِ الأبَوين وَوَلَدِ / الأَبِ ، فإنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنْثَيَيْنِ ﴾ . ولا أعلمُ فى هذا خِلَافًا . ١٥٣/٥ ظ

الفصل الرابع : أنَّه إذا فَضَّلَ بعضَهم على بعضٍ ، فهو على ما قال ، فلو قال : وَقَفْتُ على أَوْلَادِى ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِى ، على أنَّ لِلذَّكَرِ سَهْمَيْنِ ، ولِلْأُنْثَى سَهْمًا ، أو لِلذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، أو على حَسَبِ مِيرَاثِهِم ، أو على حَسَبِ[٣٨] فَرَائِضِهِم ، أو بالعَكْسِ مِن هذا ، أو على أنَّ لِلْكَبِيرِ ضِعْفَ ما لِلصَّغِيرِ ، أو لِلْعَالِمِ ضِعْفَ ما لِلْجَاهِلِ ، أو لِلْعائِلِ ضِعْفَ ما لِلْغَنِىِّ ، أو عكس ذلك ، أو عَيَّنَ بالتَّفْضِيلِ واحِدًا مُعَيَّنًا ، أو وَلَدَه ، أو ما أشْبَه هذا ، فهو على ما قال ؛ لأنَّ ابْتِداءَ الوَقْفِ مُفَوَّضٌ إليه ، فكذلك تَفْضِيلُه وتَرْتِيبُه . وكذلك إن شَرَطَ إخْرَاجَ بعضِهم بِصِفَةٍ [٣٩ ورَدَّه بصفةٍ ٣٩] مثل أن يقول : مَن تَزَوَّجَ منهم فله ، ومن فارَقَ فلا شىءَ له ، أو عكس ذلك ، أو مَنْ حَفِظَ القُرْآنَ فله ، ومن نَسِيَهُ فلا شىءَ له ، ومن اشْتَغَلَ بالعِلْمِ فله ، ومن تَرَكَ فلا شىءَ له ، أو مَن كان على مذهبِ كذا فله ، ومَن خَرَجَ منه فلا شىءَ له . فكلُّ هذا صَحِيحٌ على ما شَرَطَ . وقد رَوَى هِشَامُ بن عُرْوَةَ ، أنَّ الزُّبَيْرَ جَعَلَ دُورَه صَدَقَةً على بَنِيه لا تُبَاعُ ولا تُوهَبُ ،

(٣٦) فى الأصل : « شرك » .

(٣٧) سورة النساء ١٢ .

(٣٨) فى الأصل : « قدر » .

(٣٩ - ٣٩) سقط من : م .

وأنَّ لِلْمَرْدُودَةِ من بَنَاتِه أن تَسْكُنَ غيرَ مُضِرَّةٍ ولا مُضَرٍّ بها ، فإن اسْتَغْنَتْ بِزَوْجٍ فلا حَقَّ لها فى الوَقْفِ . وليس هذا تَعْلِيقًا لِلْوَقْفِ بِصِفَةٍ ، بل الوَقْفُ مُطْلَقٌ والاسْتِحْقاقُ له بِصِفَةٍ . وكلُّ هذا مذهبُ الشافِعِيِّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا .

فصل : والمُسْتَحَبُّ أن يُقَسِّمَ الوَقْفَ على أوْلَادِه ، على حَسَبِ قِسْمَةِ اللهِ تعالى المِيرَاثَ بينهم ، لِلذَّكَرِ مثلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ . وقال القاضى : المُستَحَبُّ التَّسْوِيةُ بين الذَّكَرِ والأُنْثَى ؛ لأنَّ القَصْدَ القُرْبَةُ على وَجْهِ الدَّوَامِ ، وقد اسْتَوَوْا فى القَرَابةِ . ولَنا ، أنَّه إيصالٌ للمالِ إليهم ، فيَنْبَغِى أن يكونَ بينهم على حَسَبِ المِيرَاثِ ، كالعَطِيَّةِ ، ولأنَّ الذَّكَرَ فى مَظِنَّةِ الحاجةِ أكْثَرَ من الأُنْثَى ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما فى العادَةِ يَتَزَوَّجُ ، ويكونُ له الوَلَدُ ، فالذَّكَرُ تَجِبُ عليه نَفَقَةُ امرأتِه[40] وأوْلَادِه ، والمَرْأةُ يُنْفِقُ عليها زَوْجُها [41] ولا يَلزَمُها[41] نَفَقَةُ أوْلَادِها ، وقد فَضَّلَ اللهُ الذَّكَرَ على الأُنْثَى فى المِيرَاثِ على وَفْقِ هذا المَعْنَى ، فيَصِحُّ تَعْلِيلُه به . ويَتَعَدَّى إلى الوَقْفِ وإلى غيرِه من العَطَايَا والصِّلَاتِ . وما ذَكَرَه القاضِى لا أصْلَ له ، وهو مُلْغًى بالمِيرَاثِ والعَطِيَّةِ . / فإن خالَفَ فسَوَّى بين الذَّكَرِ والأُنْثَى ، أو فَضَّلَها عليه ، أو فَضَّلَ بعضَ البَنِين أو بعضَ البَنَاتِ على بعضٍ ، أو خَصَّ بعضَهم بالوَقْفِ دون بعضٍ ، فقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ محمدِ بن الحَكَمِ : إن كان على طَرِيقِ الأَثَرَةِ ، فأكْرَهُه ، وإن كان على أنَّ بعضَهم له عِيَالٌ وبه حاجَةٌ . يعنى فلا بَأْسَ به . وَوَجْهُ ذلك أنَّ الزُّبَيْرَ خَصَّ المَرْدُودَةَ من بَنَاتِه دُونَ المُسْتَغْنِيةِ منهنَّ بِصَدَقَتِه . وعلى قِيَاسِ قولِ أحمدَ ، لو خَصَّ المُشْتَغِلِينَ بالعِلْمِ من أوْلادِه بِوَقْفِه ، تَحْرِيضًا لهم على طَلَبِ العِلْمِ ، أو ذا الدِّينِ دون الفُسَّاقِ ، أو المَرِيضَ ، أو من له فَضْلٌ من أجْلِ فَضِيلَتِه ، فلا بَأْسَ . وقد دَلَّ على صِحَّةِ هذا أن أبا بَكرٍ الصِّدِّيقَ رَضِىَ اللهُ عنه ، نَحَلَ عائِشَةَ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا دون سائِرِ وَلَدِه[42] ، وحَدِيثُ عمَرَ ، أنَّه كَتَبَ :

١٥٤/٥ و

---

(٤٠) فى الأصل : « زوجته » .

(٤١ – ٤١) فى الأصل : « ولا يجب عليها » .

(٤٢) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٢ . والبيهقى ، =

بسم الله الرحمن الرحيم ، هذا ما أوْصَى به عبدُ الله أميرُ المُؤْمِنِينَ ، إن حَدَثَ به حَدَثٌ ، أنَّ ثَمْغًا وصِرْمَةَ بن الأَكْوَعِ ، والعَبْدَ الذى فيه ، والمائةَ سَهْمٍ التى بِخَيْبَرَ ، ورَقِيقَه الذى فيه ، الذى أطْعَمَهُ محمدٌ ﷺ بالوَادِ ، تَلِيه حَفْصَةُ ما عاشَتْ ، ثم يَلِيه ذو الرَّأْى من أَهْلِها ، أن لا يُبَاعَ ولا يُشْتَرَى ، يُنْفِقُه حيث رَأَى من السَّائِلِ والمَحْرُومِ وذَوِى القُرْبَى ، لا حَرَجَ على من وَلِيَه إن أكَلَ أو آكَلَ أو اشْتَرَى رَقِيقًا منه . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[٤٣] . وفيه دَلِيلٌ على تَخْصِيصِ حَفْصَةَ دون إخْوَتِها وأَخَوَاتِها .

٩٢٢ – مسألة ؛ قال : (**فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مِنْهُمْ أحَدٌ ، رَجَعَ إِلَى الْمَسَاكِينِ**)

يعنى إذا وَقَفَ على قَوْمٍ ونَسْلِهِم ، ثم على المَسَاكِينِ ، فانْقَرَضَ القَوْمُ ونَسْلُهُم ، فلم يَبْقَ منهم أحدٌ ، رَجَعَ إلى المَسَاكِينِ ، ولا[١] يَنْتَقِلُ إليهم ما دَامَ أحدٌ من القَوْمِ أو من نَسْلِهِم باقِيًا ؛ لأنَّه رَتَّبَه لِلْمَساكِينِ بعدَهم . والمَسَاكِينُ الذين يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ من الزَّكَاةِ ، والفُقَرَاءُ يَدْخُلُونَ فيهم ، وكذلك لَفْظُ الفُقَرَاءِ يَدْخُلُ فيه المَسَاكِينُ ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ من اللَّفْظَيْنِ يُطْلَقُ عليهما ، والمَعْنَى الذى يُسَمَّيانِ به شامِلٌ لهما ، وهو الحاجَةُ والفاقَةُ ، ولهذا لمَّا سَمَّى اللهُ عَزَّ وجَلَّ المَسَاكِينَ ، فى مَصْرِفِ كَفَّارَةِ اليَمِينِ ، وكَفَّارَةِ الظِّهَارِ ، وفِدْيَةِ الأذَى ، تَنَاوَلَهُما جَمِيعًا ، وجازَ الصَّرْفُ إلى كلِّ واحِدٍ منهما ، ولمَّا ذَكَرَ الفُقَرَاءَ فى قوله : ﴿ لِلْفُقَرَاءِ ٱلَّذِينَ أُحْصِرُواْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ﴾[٢] . وفى قوله : ﴿ وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾[٣] . تَنَاوَلَ القِسْمَيْنِ ، وكلُّ / مَوْضِعٍ ذُكِرَ فيه أحَدُ اللَّفْظَيْنِ تَنَاوَلَ القِسْمَيْنِ ، إلَّا فى الصَّدَقاتِ ، لأنَّ اللهَ تعالى جَمَعَ بين الاسْمَيْنِ ، ٥/١٥٤ ظ

=فى : باب شرط القبض فى الهبة ، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم فى العطية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ٦/١٧٠ ، ١٧٨ .

(٤٣) فى : باب ما جاء فى الرجل يوقف الوقف ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ٢ / ١٠٥ .

(١) فى ب ، م : « ولم ينتقل » .

(٢) سورة البقرة ٢٧٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٧١ .

ومَيَّز بين المُسَمَّيَيْنِ ، فاحْتَجْنَا إلى التَّمْيِيزِ بينهما ، وفى غير الصَّدَقاتِ يُسَمَّى[٤] الكُلّ بكلِّ واحدٍ من الاسْمَيْنِ ، فإن جَمَعَ بين الاسْمَيْنِ بالوَقْفِ أيضًا ، فقال : وَقَفْتُ هذا على الفُقَرَاءِ والمَسَاكِينِ ، نِصْفَيْنِ ، أو ثَلاثًا . وَجَبَ التَّمْيِيزُ بينهما أيضا[٥] ، فنَزَّلْنَاهُما مَنْزِلَتَهُما من سِهَامِ الصَّدَقاتِ . وإن قال : على الفُقَراءِ والمَسَاكِينِ . فقِيَاسُ المَذْهَبِ جَوَازُ الاقْتِصارِ على أحدِ الصِّنْفَيْنِ ، وإبَاحَةُ الدَّفْعِ إلى واحدٍ ، كما قُلْنا فى الزَّكَاةِ . ويَتَخَرَّجُ أن لا يجوزَ الدَّفْعُ إلى أقَلَّ من ثَلاثَةٍ من كلِّ صِنْفٍ ، بِنَاءً على القولِ فى الزَّكَاةِ أيضا . ولا خِلَافَ فى أنَّه لا يَجِبُ تَعْمِيمُهُم بالعَطِيَّةِ ، كما لا يَجِبُ اسْتِيعَابُهم بالزَّكَاةِ ، ولا فى أنَّه يجوزُ التَّفْضِيلُ بين من يُعْطِيه منهم ، سواءٌ كانوا ذُكُورًا أو إنَاثًا ، أو كان الوَقْفُ ابْتِداءً ، أو انْتَقَلَ إليهم عن غيرِهم . وضابِطُ هذا أنَّه متى كان الوَقْفُ على مَن يُمْكِنُ حَصْرُهُم واسْتِيعَابُهُم ، والتَّسْوِيَةُ بينهم ، وَجَبَ اسْتِيعَابُهم والتَّسْوِيةُ بينهم ، إذا لم يُفَضِّلِ الواقِفُ بعضَهم على بعضٍ ، فإن وَقَفَ على مَنْ لا يُمْكِنُ حَصْرُهُم ، كالمَساكِينِ ، أو قَبِيلَةٍ كبيرةٍ كبَنِى تَمِيمٍ وبنى هاشِمٍ ، جازَ الدَّفْعُ إلى واحدٍ وإلى أكْثَرَ منه ، وجازَ التَّفْضِيلُ والتَّسْوِيةُ ؛ لأنَّ وَقْفَه عليهم ، مع عِلْمِه بتَعَذُّرِ اسْتِيعَابِهِم ، دَلِيلٌ على أنَّه لم يُرِدْهُ ، ومن جازَ حِرْمَانُه ، جازَ تَفْضِيلُ غيرِه عليه . فإن كان الوَقْفُ فى ابْتِدَائِه على مَنْ يُمْكِنُ اسْتِيعابُه[٦] ، فصارَ مِمَّن لا يُمْكِنُ اسْتِيعابُه ، كرَجُلٍ وَقَفَ على وَلَدِه ووَلَدِ وَلَدِه ، فصارُوا قَبِيلةً كبيرةً تَخْرُجُ عن الحَصْرِ ، مثل أن يَقِفَ علىٌّ رَضِىَ اللهُ عنه على وَلَدِه ونَسْلِه ، فإنَّه يَجِبُ تَعْمِيمُ من أمْكَنَ منهم ، والتَّسْوِيةُ بينهم ؛ لأنَّ التَّعْمِيمَ كان واجِبًا ، وكذلك التَّسْوِيةُ ، فإذا تَعَذَّرَ ، وَجَبَ منه ما أمْكَنَ ، كالواجِبِ الذى يَعْجزُ عن بعضِه ؛ ولأنَّ الواقِفَ هٰهُنا[٧] أرادَ التَّعْمِيمَ والتَّسْوِيةَ ، لإمْكانِه وصَلاحِ

---

(٤) فى م : « يستحق » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) فى الأصل : « استيعابهم » .

(٧) سقط من : م .

لَفْظِه لذلك ، فيَجِبُ العَمَلُ بما أَمْكَنَ منه ، بخِلَافِ ما إذا كانوا حالَ الوَقْفِ ممَّن[8] لا يُمْكِنُ ذلك فيهم .

فصل : وإن وَقَفَ على سَبِيلِ اللهِ ، أو ابنِ السَّبِيلِ ، أو الرِّقَابِ ، أو الغارِمِينَ ، فهم الذين يَسْتَحِقُّونَ السَّهْمَ من الصَّدَقاتِ ، لا يَعْدُوهُم إلى غيرِهم ؛ لأَنَّ المُطْلَقَ من كلامِ الآدَمِيِّينَ مَحْمُولٌ على المَعْهُودِ فى الشَّرْعِ ، فيُنْظَرُ / ؛ من كان يَسْتَحِقُّ السَّهْمَ من الصَّدَقاتِ ، فالوَقْفُ مَصْرُوفٌ إليه ، وشَرْحُهُم يأتى فى مَوْضِعِه ، إن شاءَ اللهُ تعالى . وإن وَقَفَ على الأَصْنافِ الثَّمانِيَةِ الذين يَأْخُذُونَ الصَّدَقاتِ ، صُرِفَ إليهم ، ويُعْطَى كلُّ واحدٍ منهم من الوَقْفِ مثلَ القَدْرِ الذى يُعْطَى من الزَّكَاةِ ، لا يُزادُ على ذلك ، فيُعْطَى الفَقِيرُ والمِسْكِينُ ما يَتِمُّ به غَناؤُه ، والغارِمُ قَدْرَ ما يَقْضِى غُرْمَهُ ، والمكاتَبُ قَدْرَ[9] ما يُؤَدِّى به كِتَابَتَه ، وابنُ السَّبِيلِ ما يُبَلِّغُه ، والغازِى ما يَحْتاجُ إليه لِغَزْوِه وإن كان غَنِيًّا . واخْتُلِفَ فى قَدْرِ ما يَحْصُلُ به الغِنَى ، فقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ علىِّ بن سَعِيدٍ ، فى الرَّجُلِ يُعْطَى من الوَقْفِ خَمْسِينَ دِرْهَمًا ، فقال : إن كان الواقِفُ ذَكَرَ فى كِتَابِه المَسَاكِينَ ، فهو مثلُ الزَّكَاةِ . وإن كان مُتَطَوِّعًا أَعْطَى ما شاءَ وكيف شاءَ . فقد نَصَّ أحمدُ على إلْحاقِه بالزَّكَاةِ ، فيكون الخِلَافُ فيه كالخِلَافِ فى الزَّكَاةِ . واللهُ أعلمُ . وإن وَقَفَ على جَمِيعِ الأَصْنافِ ، أو على صِنْفَيْنِ ، أو أَكْثَرَ ، فهل يجوزُ الاقْتِصارُ على صِنْفٍ واحدٍ ، أو يَجِبُ إعْطاءُ بعضِ كلِّ صِنْفٍ من المَوْقُوفِ عليه ؟ على وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على الزَّكَاةِ .

١٥٥/٥ و

فصل : وإذا وَقَفَ على سَبِيلِ اللهِ ، وسَبِيلِ الثَّوابِ ، وسَبِيلِ الخَيْرِ ، فسَبِيلُ اللهِ هو الغَزْوُ والجِهادُ فى سَبِيلِ اللهِ ، فيُصْرَفُ ثُلُثُ الوَقْفِ إلى من يُصْرَفُ إليهم السَّهْمُ من الزَّكَاةِ ، وهم الغُزَاةُ الذين لا حَقَّ لهم فى الدِّيوانِ[10] ، وإن كانوا أَغْنِياءَ ، وسائِرُ

---

(٨) فى م : « مما » .
(٩) سقط من : الأصل .
(١٠) فى م : « الديون » .

الوَقْفِ يُصْرَفُ إلى كل ما فيه أجْرٌ ومَثوبَةٌ وخَيْرٌ ؛ لأنَّ اللَّفظَ عامٌّ فى ذلك . وقال أصْحابُنا : يُجَزَّأُ الوَقْفُ ثلاثةَ أجْزَاءٍ ، فجُزْءٌ يُصْرَفُ إلى الغُزَاةِ ، وجُزْءٌ يُصْرَفُ إلى أقْربِ الناسِ إليه من الفُقَراءِ ، لأنَّهم أكْثَرُ الجِهَاتِ ثَوَابًا ، فإنَّ النبىَّ ﷺ قال : « صَدَقَتُكَ عَلَى ذِى الْقَرابةِ صَدَقَةٌ وصِلَةٌ »[11] . والثالِثُ يُصْرَفُ إلى مَن يَأْخُذُ الزَّكَاةَ لِحَاجَتِه ، وهم خَمْسَةُ أصْنافٍ ؛ الفُقَرَاءُ ، والمَسَاكِينُ ، والرِّقَابُ ، والغارِمُونَ لِمَصْلَحَتِهم ، وابنُ السَّبِيلِ ؛ لأنَّ هؤلاءِ أهلُ حاجَةٍ مَنْصُوصٌ عليهم فى القُرْآنِ ، فكان مَن نَصَّ اللهُ تعالى عليه فى كِتَابِه أَوْلَى من غيرِه ، وإن ساوَاه فى الحاجَةِ ، وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . ولَنا ، أنَّ لَفْظَه عامٌّ ، فلا يَجِبُ التَّخْصِيصُ بالبَعْضِ لِكَوْنِه أَوْلَى ، كالفُقَراءِ والمَسَاكِينِ فى الزَّكَاةِ ، لا يَجِبُ تَخْصِيصُ أقَارِبِه منهم بها / ، وإن كانوا أَوْلَى ، وكذلك سائِرُ الألْفاظِ العامَّةِ . وإن أوْصَى فى أبْوابِ البِرِّ ، صُرِفَ إلى[12] كلِّ ما فيه بِرٌّ وقُرْبَةٌ . وقال أصْحابُنا : يُصْرَفُ فى أرْبَعِ جِهَاتٍ ؛ أقَارِبه غيرِ الوارِثِينَ ، والمَسَاكِين ، والجِهَاد ، والحَجِّ . قال أبو الخَطَّابِ : وعنه فداءُ الأسْرَى مكانَ الحجِّ . ووَجْهُ القَوْلَيْنِ ما تَقَدَّمَ فى التى قبلَها .

١٥٥/٥ ظ

٩٢٣ – مسألة ؛ قال : (**فَإنْ لَمْ يَجْعَلْ آخِرَهُ لِلْمَسَاكِينِ ، ولَمْ يَبْقَ مِمَّنْ وَقَفَ عَلَيْهِ أحَدٌ ، رَجَعَ إلَى وَرَثَةِ الْوَاقِفِ ، فِى إحْدَى الرِّوَايَتَينِ عَنْ أبِى عَبدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، والرِّوَايَةُ الأُخْرَى يَكُونُ وَقْفًا عَلَى أقْرَبِ عَصَبَةِ الْوَاقِفِ**)

وجمْلةُ ذلك أنَّ الوَقْفَ[1] الذى لا اخْتِلَافَ فى صِحَّتِه ، ما كان مَعْلُومَ الابْتِدَاءِ والانْتِهاءِ ، غيرَ مُنْقَطِعٍ ، مثل أن يُجْعَلَ على المَسَاكِينِ ، أو طائِفَةٍ لا يجوزُ بِحُكْمِ العادَةِ

---

(١١) تقدم تخريجه فى : ٩٩/٤ .

(١٢) فى م : « فى » .

(١) فى م : « الواقف » .

انْقِرَاضُهُم . وإن كان غيرَ مَعْلُومِ الانْتِهاءِ ، مثل أن يَقِفَ على قَوْمٍ يجوزُ انْقِراضُهُم بِحُكْمِ العادَةِ ، ولم يَجْعَلْ آخِرَه لِلْمَسَاكِينِ ، ولا لِجِهَةٍ غيرِ مُنْقَطِعَةٍ ، فإنَّ الوَقْفَ يَصِحُّ . وبه قال مالِكٌ ، وأبو يوسفَ ، والشافِعِيُّ في أحَدِ قَوْلَيْه . وقال محمدُ بن الحَسَنِ : لا يَصِحُّ . وهو القولُ الثاني للشافِعِيِّ ؛ لأنَّ الوَقْفَ مُقْتَضاهُ التَّأْبِيدُ ، فإذا كان مُنْقَطِعًا صارَ وَقْفًا على مَجْهُولٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو وَقَفَ على مَجْهُولٍ في الابْتِدَاءِ . ولَنا ، أنَّه تَصَرُّفٌ مَعْلُومُ المَصْرِفِ ، فصَحَّ ، كما لو صَرَّحَ بمَصْرِفِه المُتَّصِلِ ، ولأنَّ الإطْلَاقَ إذا كان له عُرْفٌ ، حُمِلَ عليه ، كنَقْدِ البَلَدِ وعُرْفِ المَصْرِفِ ، وهٰهُنا هم أَوْلَى الجِهاتِ به ، فكأنَّه عَيَّنَهُم . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَنْصَرِفُ عندَ انْقِراضِ المَوْقُوفِ عليهم إلى أقارِبِ الواقِفِ[٢] . وبه قال الشافِعِيُّ . وعن أحمدَ رِوَايةٌ أخرى ، أنَّه يَنْصَرِفُ إلى المَساكِينِ . واخْتارَه القاضي ، والشَّرِيفُ أبو جعفرٍ ؛ لأنَّهم[٣] مَصْرِفُ الصَّدَقاتِ وحُقُوقِ اللهِ تَعَالَى من الكَفّاراتِ ونحوها ، فإذا وُجِدَتْ صَدَقَةٌ غيرَ مُعَيَّنَةِ المَصْرِفِ ، انْصَرَفَتْ إليهم ، كما لو نَذَرَ صَدَقَةً مُطْلَقَةً . وعن أحمدَ رِوَايةٌ ثالثةٌ ، أنَّه يُجْعَلُ في بَيْتِ مالِ المُسلمينَ ؛ لأنَّه مالٌ لا مُسْتَحِقَّ له ، فأشْبَهَ مالَ من لا وَارِثَ له . وقال أبو يوسفَ : يَرْجِعُ إلى الواقِفِ وإلى وَرَثَتِه[٤] ، إلَّا أن يقولَ : صَدَقَةٌ مَوْقُوفَةٌ ، يُنْفَقُ منها على فُلانٍ وعلى فُلانٍ . فإذا انْقَرَضَ المُسَمَّى كانت لِلْفُقَراءِ والمَسَاكِينِ . لأنَّه جعَلَها صَدَقَةً على مُسَمًّى ، فلا تكونُ على غيرِه ، ويُفارِقُ ما إذا قال : يُنْفَقُ منها على فُلانٍ وفُلانٍ . فإنَّه جَعَلَ الصَّدَقةَ مُطْلَقَةً . ولَنا ، أنَّه أزَالَ مِلْكَه للهِ تعالى ، فلم يَجُزْ أن يَرْجِعَ / إليه ، كما لو أعْتَقَ عَبْدًا ، والدَّليلُ على صَرْفِه إلى أقارِبِ الواقِفِ ، أنَّهم أَوْلَى الناسِ بصَدَقَتِه ، بِدَلِيلِ قولِ النبيِّ ﷺ : « صَدَقَتُكَ عَلَى غَيْرِ رَحِمِكَ صَدَقَةٌ ، وصَدَقَتُكَ عَلَى رَحِمِكَ صَدَقَةٌ وصِلَةٌ »[٥] . وقال : « إنَّكَ أنْ تَدَعْ وَرَثَتَكَ أغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أنْ

٥/١٥٦ و

---

(٢) في م : « الوقف » .

(٣) في م : « لأنه » .

(٤) في الأصل : « وارثه » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٤/٩٩ .

تَدعَهُمْ عالةً يَتكَفَّفُونَ النَّاسَ »[٦] . ولأن فيه[٧] إغْنَاءَهُم وصِلَةَ أرْحَامِهم ، لأنَّهم أوْلَى الناسِ بصَدَقاتِه النَّوافِلِ والمَفْرُوضاتِ ، كذلك صَدَقَتُه المَنْقُولَةُ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه فى ظاهِرِ كلامِ الخِرَقِىِّ ، وظاهِرِ كلامِ أحمدَ ، يكونُ لِلْفُقَراءِ منهم والأغْنِياءِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ [٨]لا يَخْتَصُّ الفُقَراءَ[٨] ، ولو وَقَفَ على أوْلادِه ، تَناوَلَ الفُقَراءَ والأغْنِياءَ ، كذا هٰهُنا . وفيه وَجْهٌ آخر ، أنَّه يَخْتَصُّ الفُقَراءَ منهم ، لأنَّهم أهْلُ الصَّدَقاتِ دُونَ الأغْنِياءِ ، ولأنَّا خَصَصْنَاهُم بالوَقْفِ[٩] لكَوْنِهم أوْلَى الناسِ بالصَّدَقَةِ ، وأوْلَى الناسِ بالصَّدَقَةِ الفُقَراءُ دون الأغْنِياءِ . واخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ فى مَن يَسْتَحِقُّ الوَقْفَ من أقْرِبَاءِ الواقِفِ ، ففى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، يَرْجِعُ إلى الوَرَثَةِ منهم ؛ لأنَّهم الذين صَرَفَ اللهُ تعالى إليهم مَالَه بعد مَوْتِه واسْتِغْنائِه عنه ، فكذلك يُصْرَفُ إليهم من صَدَقَتِه ما لم يَذْكُرْ له مَصْرِفًا ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « إنَّكَ أنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ ، خَيْرٌ مِنْ أنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ الناسَ » . فعلى هذا يكونُ بينهم على حَسَبِ مِيرَاثِهم ، ويكونُ وَقْفًا عليهم . نَصَّ عليه أحمدُ ، وذَكَرَه القاضى ، لأنَّ الوَقْفَ يَقْتَضِى التَّأْبِيدَ ، وإنَّما صَرَفْناه إلى هؤلاءِ لأنَّهم أحَقُّ الناسِ بِصَدَقَتِه ، فصُرِفَ إليهم مع بَقَائِه صَدَقَةً . ويَحْتَمِلُ كَلَامُ الخِرَقِىِّ أن يُصْرَفَ إليهم على سَبِيلِ الإرْثِ ، ويَبْطُلَ الوَقْفُ فيه . فعلى هذا يكونُ كقولِ أبى يُوسُفَ . والرواية الثانية ، يكونُ وَقْفًا على أقْرَبِ عَصَبَةِ الوَاقِفِ ، دون بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ من أصْحابِ الفُرُوضِ ، ودون البَعِيدِ من العَصَباتِ[١٠] ، فيُقَدَّمُ الأقْرَبُ فالأقْرَبِ ، على حَسَبِ اسْتِحْقاقِهم لِوَلَاءِ المَوالِى ، لأنَّهم خُصُّوا بالعَقْلِ عنه ، وبمِيرَاثِ مَوالِيه ، فَخُصُّوا بهذا أيضا . وهذا لا يَقْوَى عِنْدِى ، فإنَّ اسْتِحْقاقَهم لهذا دون غيرِهم من النّاسِ لا يكونُ

---

(٦) تقدم تخريجه فى : ٣٧/٦ . من حديث سعد ابن أبى وقاص « والثلث كثير » .

(٧) سقط من : الأصل .

(٨ – ٨) فى الأصل : « لا يحصل للفقراء » .

(٩) فى ب ، م : « بالوقوف » .

(١٠) فى م : « العصابات » .

إلَّا[11] بِدَلِيلٍ ، من نَصٍّ أو إجْماعٍ أو قِيَاسٍ ، ولا نَعْلَمُ فيه نَصًّا ، ولا إجْماعًا ، ولا يَصِحُّ قِيَاسُه على مِيرَاثِ وَلَاءِ المَوَالِى ؛ لأنَّ عِلَّتَه لا تَتَحَقَّقُ هٰهُنا . وأقْرَبُ الأقْوالِ فيه صَرْفُه إلى المَساكِينِ ؛ لأنَّهم مَصَارِفُ مالِ اللهِ تعالى وحُقُوقِه ، فإن كان فى أقارِبِ الواقِفِ / مَسَاكِينُ ، كانوا أوْلَى به ، لا على سَبِيلِ الوُجُوبِ ، كما أنَّهم أوْلَى بزَكاتِه وصِلَاتِه مع جَوازِ الصَّرْفِ إلى غيرِهم ، ولأنَّنا إذا صَرَفْناه إلى أقَارِبِه على سَبِيلِ التَّعْيِينِ ، فهى أيضا جِهَةٌ مُنْقَطِعةٌ ، فلا يَتَحَقَّقُ اتِّصَالُه إلَّا بصَرْفِه إلى المَساكِينِ . وقال الشافِعِىُّ : يكون وَقْفًا على أقْرَبِ الناسِ إلى الواقِفِ ، الذَّكَرُ والأُنْثَى فيه سواءٌ .

156/5 ظ

فصل : فإن لم يكُنْ للواقِفِ أقارِبُ ، أو كان له أقارِبُ فانْقَرَضُوا ، صُرِفَ إلى الفُقَراءِ والمَساكِينِ وَقْفًا عليهم ؛ لأنَّ القَصْدَ به الثَّوابُ الجارِى عليه على وَجْهِ الدَّوَامِ ، وإنَّما قَدَّمْنَا الأقَارِبَ على المَساكِينِ ، لكَوْنِهم أوْلَى ، فإذا لم يكونُوا ، فالمَساكِينُ أهْلٌ لذلك ، فصُرِفَ إليهم ، إلَّا على قَوْلِ مَن قال : إنَّه يُصْرَفُ إلى وَرَثَةِ الواقِفِ مِلْكًا لهم . فإنَّه يُصْرَفُ عند عَدَمِهِم إلى بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه بَطَلَ الوَقْفُ فيه بانْقِطاعِه ، وصارَ مِيرَاثًا لا وارِثَ له ، فكان بَيْتُ المالِ به أوْلَى .

فصل : فإن قال : وَقَفْتُ هذا . وسَكَتَ ، أو قال : صَدَقَةٌ مَوْقُوفةٌ . ولم يَذْكُرْ سَبِيلَه[12] . فلا نَصَّ فيه . وقال ابنُ حامِدٍ : يَصِحُّ الوَقْفُ . قال القاضى : هو قِيَاسُ قولِ أحمدَ ؛ فإنَّه قال فى النَّذْرِ المُطْلَقِ : يَنْعَقِدُ مُوجِبًا لِكَفَّارَةِ يَمِينٍ . وهذا قولُ مالِكٍ ، والشافِعِىِّ فى أحدِ قَوْلَيْه ؛ لأنَّه إزَالَةُ مِلْكٍ على وَجْهِ القُرْبةِ ، فوَجَبَ أن يَصِحَّ مُطْلَقُه ، كالأُضْحِيَةِ والوَصِيَّةِ . ولو قال : وَصَّيْتُ بثُلُثِ مالِى . صَحَّ ، وإذا صَحَّ صُرِفَ إلى مَصَارِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ بعدَ انْقِرَاضِ المَوْقُوفِ عليه .

---

(11) فى م : « من » .

(12) فى الأصل : « سبله » .

فصل : وإن وَقَفَ على مَنْ يجوزُ الوَقْفُ عليه ، (١٣ثم على مَنْ لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ١٣) ، مثل أن يَقِفَ على أَوْلادِه ، ثم على البِيَعِ . صَحَّ الوَقْفُ أيضا ، ويُصْرَفُ[(١٤)] بعد انْقِراضِ مَن يَصِحُّ[(١٥)] الوَقْفُ عليه إلى مَن يُصْرَفُ إليه الوَقْفُ المُنْقَطِع ؛ لأنَّ ذِكْرَه لمن لا يجوزُ الوَقْفُ عليه وعَدَمَه واحدٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ الوَقْفُ ؛ لأنَّه جَمَعَ بين ما يجوزُ وما لا يجوزُ ، فأشْبَهَ تَفرِيقَ الصَّفْقةِ .

فصل : وإن كان الوَقْفُ مُنْقَطِعَ الابْتِداءِ ، مثل أن يَقِفَه على مَنْ لا يجوزُ الوَقفُ عليه ، كنَفْسِه ، أو أُمِّ وَلَدِه ، أو عَبْدِه ، أو كَنِيسَةٍ ، أو مَجْهُولٍ ، فإن لم يَذْكُرْ له مَآلًا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فالوَقْفُ باطِلٌ . وكذلك إن جَعَلَ مَآلَه ممَّا لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ؛ (١٦لأنَّه أخَلَّ بأحَدِ شَرْطَيِ الوَقْفِ فبَطَلَ ، كما لو وَقَفَ مالَا يجوزُ وَقْفُه . وإن جَعَلَ له مَآلًا يجوزُ الوَقْفُ عليه ١٦) ، مثل أن يَقِفَه على عَبْدِه ، ثم على المَساكِينِ ، ففى صِحَّتِه وَجْهانِ ، بِناءً على تَفْرِيقِ الصَّفْقةِ . وللشافِعِىِّ فيه قَوْلانِ ، كالوَجهَيْنِ ، فإذا قُلْنا : يَصِحُّ . وهو قول القاضى ، وكان مَن[(١٧)] لا يجوزُ الوَقْفُ عليه / مِمَّن[(١٨)] لا يمكنُ اعْتِبارُ انْقِراضِه ، كالمَيِّتِ والمَجْهُولِ والكَنائِسِ ، صُرِفَ فى الحالِ إلى مَنْ يَجُوزُ الوَقْفُ عليه ؛ لأنَّنا[(١٩)] لما صَحَّحْنَا الوَقْفَ مع (٢٠ذِكْرِ ما لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فقد أَلْغَيْناهُ ؛ فإنَّه يَتعذَّرُ التَّصْحيحُ مع ٢٠) اعْتِبارِه ، وإن كان مَنْ لا يجوزُ الوَقْفُ عليه يُمْكِنُ اعْتِبارُ

١٥٧/٥ و

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) فى ب ، م : « ويرجع » .

(١٥) فى ب ، م : « جاز » .

(١٦ - ١٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٧) فى الأصل : « ممن » .

(١٨) فى الأصل : « مما » .

(١٩) فى الأصل : « لأنه » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : م .

انْقِرَاضِه ، كأُمِّ وَلَدِه[21] ، وعَبْدٍ مُعَيَّنٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، أنَّه يُصْرَفُ[22] فى الحالِ إلى مَنْ يجوزُ الوَقْفُ عليه ، كالتى قبلَهَا . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . والثانى ، أنَّه يُصْرَفُ فى الحالِ إلى مَصْرِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ ، إلى أن يَنْقَرِضَ مَنْ لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فإذا انْقَرَضَ صُرِفَ إلى مَنْ يجوزُ . وهذا الوَجْهُ الذى ذَكَرَه القاضى ، وابنُ عقيلٍ ؛ لأنَّ الواقِفَ إنَّما جَعَلَه وَقْفًا على مَنْ يجوزُ بشَرْطِ انْقِرَاضِ هذا ، فلا يَثْبُتُ بدونه . وفارَقَ ما لا يُمْكِنُ اعْتِبارُ انْقِرَاضِه ، فإنَّه تَعَذَّرَ اعْتِبَارُه . ولأصْحابِ الشافِعِىِّ وَجْهانِ ، كهٰذَيْنِ .

فصل : وإن كان الوَقْفُ صَحِيحَ الطَّرَفَيْنِ ، مُنْقَطِعَ الوَسَطِ ، مثل أن يَقِفَ على وَلَدِه ، ثم على عَبِيدِه[23] ، ثم على المَساكِينِ . خُرِّجَ فى صِحَّةِ الوَقْفِ وَجْهانِ ، كمُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ ، ثم يُنْظَرُ فيما لا يجوزُ الوَقْفُ عليه ، فإن لم يُمْكِنْ اعْتِبارُ انْقِرَاضِه أَلْغَيْنَاهُ إذا قُلْنا بالصِّحَّةِ ، وإن أَمْكَنَ اعْتِبارُ انْقِرَاضِه فهل يُعْتَبَرُ أو يُلْغَى ؟ على وَجْهَيْنِ ، كما تَقَدَّمَ ، وإن كان مُنْقَطِعَ الطَّرَفَيْنِ ، صَحِيحَ الوَسَطِ كرَجُلٍ وَقَفَ على عَبِيدِه ، ثم على أوْلادِه ، ثم على الكَنِيسَةِ ، خُرِّجَ فى صِحَّتِه أيضا وَجْهانِ ، ومَصْرِفُه بعدَ مَن يجوزُ إلى مَصْرِفِ الوَقْفِ المُنْقَطِعِ .

٩٢٤ ـ مسألة ؛ قال : (**ومَنْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ الَّذِى مَاتَ فِيهِ ، أو قَالَ : هُوَ وَقْفٌ بَعْدَ مَوْتِى . وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، وُقِفَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، إلَّا أنْ تُجِيزَ الوَرَثَةُ**)

وجملتُه أنَّ الوَقْفَ فى مَرَضِ المَوْتِ ، بمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ ، فى اعْتِبارِه من ثُلُثِ المالِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ ، فاعْتُبِرَ فى مَرَضِ المَوْتِ من الثُّلُثِ ، كالعِتْقِ والهِبَةِ . وإذا خَرَجَ من الثُّلُثِ ، جازَ من غير رِضَا الوَرَثَةِ ، ولَزِمَ ، وما زادَ على الثُّلُثِ ، لَزِمَ الوَقْفُ منه فى قَدْرِ الثُّلُثِ ،

---

(٢١) فى الأصل : « الولد » .

(٢٢) فى م : « ينصرف » .

(٢٣) فى الأصل : « عبيدهم » .

وَوَقَفَ الزائِدُ على إجَازَةِ الوَرَثَةِ . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا عند القائِلينَ بلُزُومِ الوَقْفِ ؛ وذلك لأنَّ حَقَّ الوَرَثَةِ تَعَلَّقَ بالمالِ بوُجُودِ المَرَضِ ، فمَنَعَ التَّبَرُّعَ بزِيَادَةٍ على الثُّلُثِ ، كالعَطَايَا والعِتْقِ . فأما / إذا قال : هو وَقْفٌ بعدَ مَوْتِى . فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه يَصِحُّ ، ويُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ ، كسائِرِ الوَصَايَا . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ . وقال القاضى : لا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ لِلوَقْفِ على شَرْطٍ ، وتَعْلِيقُ الوَقْفِ على شَرْطٍ غيرُ جائِزٍ ، بِدَلِيلِ ما لو عَلَّقَه على شَرْطٍ فى حَيَاتِه ، وحَمَلَ كَلَامَ الخِرَقِيِّ على أنَّه قال : قِفُوا بعد مَوْتِى . فيكونُ وَصِيَّةً بالوَقْفِ لا إيقَافًا . وقال أبو الخَطَّابِ : قولُ الخِرَقِيِّ هذا يَدُلُّ على جَوَازِ تَعلِيقِ الوَقْفِ على شَرْطٍ . ولَنا ، على صِحَّةِ الوَقْفِ بالمُعَلَّقِ بالمَوْتِ ، ما احْتَجَّ به الإمامُ أحمدُ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّ عمرَ وَصَّى ، فكان فى وَصِيَّتِه : هذا ما أوْصَى به عبدُ اللهِ عمرُ أميرُ المُؤْمِنِينَ إن حَدَثَ به حَدَثٌ ، أنَّ ثَمْغًا صَدَقَةٌ . وذَكَرَ بَقِيَّةَ الخَبَرِ وقد ذَكَرْنَاه فى غير هذا المَوْضِعِ[1] ، ورَوَاه أبو دَاوُدَ بنحوٍ من هذا ، وهذا نَصٌّ فى مَسْأَلَتِنا ، ووَقْفُه هذا كان بأمْرِ النبىِّ ﷺ ، ولأنَّه اشْتَهَرَ فى الصَّحَابةِ ، فلم يُنْكَرْ ، فكان إجْماعًا ، ولأنَّ هذا تَبَرُّعٌ مُعَلَّقٌ بالمَوْتِ ، فصَحَّ كالهِبَةِ والصَّدَقةِ المُطْلَقةِ ، أو نقول : صَدَقةٌ مُعَلَّقةٌ بالمَوْتِ ، فأشْبَهتْ غيرَ الوَقْفِ . ويُفارِقُ هذا التَّعْلِيقَ على شَرْطٍ فى الحَياةِ ، بِدَلِيلِ الهِبَةِ المُطْلَقةِ ، والصَّدَقةِ ، وغيرِهما ، وذلك لأنَّ هذا وَصِيَّةٌ ، والوَصِيَّةُ أوْسَعُ من التَّصَرُّفِ فى الحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ جَوَازِها بالمَجْهُولِ والمَعْدُومِ ، ولِلْمَجْهُولِ ، ولِلْحَمْلِ ، وغير ذلك ، وبهذا يَتَبَيَّنُ فسَادُ قِيَاسِ مَنْ قَاسَ على هذا الشَّرْطِ بَقِيَّةَ الشُّرُوطِ .

١٥٧/٥ ظ

فصل : ولا يجوزُ تَعْلِيقُ ابْتِداءِ الوَقْفِ على شَرْطٍ فى الحياةِ ، مثل أن يقولَ : إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فدَارِى وَقْفٌ ، أو فَرَسِى حَبْسٌ[2] ، أو إذا وُلِدَ لى وَلَدٌ ، أو إذا قَدِمَ لى[3]

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٤ .

(٢) فى م : « حبيس » .

(٣) سقط من : الأصل .

غائِبى . ونحو ذلك . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا ؛ لأنَّه نَقْلٌ لِلْمِلْكِ فيما لم يُبْنَ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايةِ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ . كالهِبَةِ . وسَوَّى المُتَأَخِّرُونَ من أصْحابِنا بين تَعْلِيقِه بالمَوْتِ ، وتَعْلِيقِه بِشَرْطٍ فى الحَيَاةِ . ولا يَصِحُّ ؛ لما ذَكَرْنا من الفَرْقِ بينهما فيما قبلَ هذا .

فصل : وإن عَلَّقَ انْتِهاءَه على شَرْطٍ ، نحو قولِه : دارِى وَقْفٌ إلى سَنَةٍ ، أو إلى أن يَقْدَمَ الحاجُّ . لم يَصِحَّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه يُنَافِى مُقْتَضَى الوَقْفِ ، فإن مُقْتَضَاهُ التَّأْبِيدُ . وفى الآخَرِ يَصِحُّ ؛ لأنَّه مُنْقَطِعُ الانْتِهاءِ ، فأشْبَهَ ما لو وَقَفَه على مُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ ، فإن حَكَمْنا بصِحَّتِه هٰهُنا ، فحُكْمُه حُكْمُ مُنْقَطِعِ الانْتِهاءِ .

٥/١٥٨ و /**فصل** : وإن قال : هذا وَقْفٌ على وَلَدِى سَنَةً ، ثم على المَسَاكِينِ . صَحَّ . وكذلك إن قال : هذا وَقْفٌ على وَلَدِى مُدَّةَ حَيَاتِى ، ثم هو بعدَ مَوْتِى للمَساكِينِ . صَحَّ ؛ لأنَّه وَقْفٌ مُتَّصِلُ الابْتِداءِ والانْتِهاءِ . وإن قال : وَقْفٌ على المَساكِينِ ، ثم على أوْلادِى . صَحَّ ، ويكون وَقْفًا على المَساكِينِ ، ويُلْغَى(٤) قولُه : على أوْلادِى . لأنَّ المَساكِينَ لا انْقِرَاضَ لهم .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرِّوَايةُ عن أحمدَ فى الوَقْفِ فى مَرَضِه على بعض وَرَثَتِه ، فعنه : لا يجوزُ ذلك ، فإن فَعَلَ وَقَفَ على إجازَةِ سائِرِ الوَرَثَةِ ، (٥فإنَّ أحمدَ قال٥) ، فى رِوَايةِ إسحاقَ بن إبراهيمَ ، فى مَن أوْصَى لأوْلادِ بَنِيه بأرْضٍ تُوقَفُ عليهم ، فقال : إن لم يَرِثُوه فجائِزٌ . فظاهِرُ هذا أنَّه لا يجوزُ الوَقْفُ عليهم فى المَرَضِ . اخْتارَه أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وهو مَذْهَبُ الشافِعِىِّ . والرِّواية الثانية ، يجوزُ أن يَقِفَ عليهم ثُلُثَه ، كالأجانِبِ ، فإنَّه قال ، فى رِوَايةِ جماعةٍ منهم المَيمُونِىّ : يجوزُ لِلرَّجُلِ أن يَقِفَ فى مَرَضِه

---

(٤) فى الأصل : « ويلغو » .

(٥ - ٥) فى م : « قال أحمد » .

على وَرَثته . فقيل له : أليس تَذْهَبُ إلى[6] أنّه لا وَصيَّةَ لِوارِثٍ ؟ فقال : نعم ، والوَقْفُ غيرُ الوَصيَّةِ ؛ لأنَّه لا يُباعُ ولا يُورَثُ ، ولا يَصِيرُ مِلْكًا لِلْوَرَثةِ يَنْتَفِعُونَ بغَلَّته . وقال ، فى رِوايةِ أحمدَ بن الحَسَنِ ، فإنَّه صَرَّحَ فى مَسْألَتِه بوَقْفِ ثُلُثِه على بعض وَرَثته دون بعضٍ ، فقال : جائِزٌ . قال الْخَبْرِىُّ[7] : وأجازَ هذا الأكْثَرُونَ . واحْتَجَّ أحمدُ ، بحَدِيثِ عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : هذا ما أوْصَى به عبدُ الله عمرُ أميرُ المُؤْمِنِينَ ، إن حَدَثَ به حَدَثٌ أنّ ثَمْغًا صَدَقَةٌ ، والعَبْدَ الذى فيه ، والسَّهْمَ الذى بخَيْبَر ، ورَقِيقَه الذى فيه ، والمائةَ وَسْقٍ التى[8] أطْعَمَنِى محمدٌ ﷺ ، تَلِيه حَفْصَةُ ما عاشَتْ ، ثم يَلِيه ذَوُو الرَّأْى من أهْلِه ، لا يُباعُ ، ولا يُشْتَرَى ، يُنْفِقُه حيث يَرَى من السّائِلِ والمَحْرُومِ وذَوِى القُرْبَى ، ولا حَرَجَ على من وَلِيَهُ إن أكَلَ أو اشْتَرَى رَقِيقًا . رَوَاهُ أبو داوُدَ بنحوٍ من هذا . فالحُجَّةُ أنَّه جَعَلَ لِحَفْصَةَ أن تَلِىَ وَقْفَه ، وتَأْكُلَ منه ، وتَشْتَرِىَ رَقِيقًا . قال المَيْمُونِىُّ : قلتُ لأحمدَ : إنَّما أمَرَ النبىُّ ﷺ عمرَ بالإيقافِ ، وليس فى الحَدِيثِ الوارِثُ . قال : فإذا كان النبىُّ ﷺ أمَرَه وهو ذا قد وَقَفَها على وَرَثَته ، وحَبَّسَ الأصْلَ عليهم جَمِيعًا ، ولأنَّ الوَقْفَ ليس فى مَعْنَى المِلْكِ[9] ؛ لأنَّه لا يجوزُ التَّصَرُّفُ فيه ، فهو كعِتْقِ الوَارِثِ . ولَنا ، أنَّه تَخْصِيصٌ لبعضِ الوَرَثَةِ بمالِه فى مَرَضِه ، / فمُنِعَ منه ، كالهِبَاتِ ولأنَّ كلَّ مَنْ لا تجوزُ له الوَصِيَّةُ بالعَيْنِ ، لا تجوزُ بالمَنْفَعةِ ، كالأجْنَبِىِّ فيما زادَ على الثُّلُثِ . وأمَّا خبرُ عمرَ ، فإنَّه لم يَخُصَّ بعضَ الوَرَثةِ بوَقْفِه ، والنِّزاعُ إنما هو فى تَخْصِيصِ بعضِهم . وأمَّا جَعْلُ الوِلَايةِ لِحَفْصَةَ ، فليس ذلك وَقْفًا عليها ، فلا يكونُ ذلك وارِدًا فى مَحلِّ النِّزاعِ ، وكونُه انْتِفاعًا بالغَلَّةِ ، لا يَقْتَضِى جَوازَ التَّخْصِيصِ ، بدَلِيلِ ما لو أوْصَى لِوَرَثَته بمَنْفَعةِ عَبْدٍ ، لم يَجُزْ . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ كلامُ أحمدَ فى رِوايةِ

١٥٨/٥ ظ

---

(٦) سقط من : م .

(٧) أبو حكيم عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الخبرى ، فقيه شافعى ، يعرف العربية ، ويكتب الخط الحسن ، ويضبط الضبط الحسن ، توفى سنة ست وسبعين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٥/٦٢ ، ٦٣ .

(٨) فى م « الذى » .

(٩) فى م : « المال » .

الجماعةِ ، على أنَّه وَقَفَ على جَمِيعِ الوَرَثةِ ، ليكونَ على وَفْقِ حَدِيثِ عمرَ ، وعلى وَفْقِ الدَّلِيلِ الذى ذَكَرْنا .

فصل : فإن وَقَفَ دَارَه ، وهى تَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، بين ابْنِه وبنْتِه نِصْفَيْنِ ، فى مَرَضِ مَوْتِه ، فعلى رِوَايةِ الجماعةِ يَصِحُّ الوَقْفُ ، ويَلْزَم ؛ لأنَّه لمَّا كان يجوزُ له تَخْصِيصُ البِنْتِ بوَقْفِ الدَّارِ كلِّها ، فبِنِصْفِها أَوْلَى . وعلى الرِّوَايةِ التى نَصرْنَاهَا ، إن أجازَ الابْنُ ذلك جازَ ، وإن لم يُجِزْه بَطَلَ الوَقْفُ فيما زادَ على نَصِيبِ البِنْتِ ، وهو السُّدُسُ ، ويَرْجِعُ إلى الابنِ مِلْكًا ، فيكونُ له النِّصْفُ وَقْفًا ، والسُّدُسُ مِلْكًا طَلْقًا[10] ، والثُّلُثُ لِلْبِنْتِ جَمِيعُه وَقْفًا . ويَحْتَمِلُ[11] أن يَبْطُلَ الوَقْفُ فى نِصْفِ ما وَقَفَ على البِنْتِ ، وهو الرُّبْعُ ، ويَبْقَى ثلاثةُ أرْباعِ الدَّارِ وَقْفًا ، نِصْفُها[12] للابْنِ ، ورُبْعُها لِلْبِنْتِ ، والرُّبْعُ الذى بَطَلَ الوَقْفُ فيه بينهما أثْلاثًا ، للابنِ ثُلُثاه ، ولِلْبِنْتِ ثُلُثُه ، وتَصِحُّ المَسْأَلَةُ من اثْنَى عَشَرَ ؛ للابنِ سِتَّةُ أسْهُمٍ وَقْفًا وسَهْمانِ مِلْكًا ، ولِلْبِنْتِ ثَلاثَةُ أسْهُمٍ وَقْفًا وسَهْمٌ مِلْكًا . ولو وَقَفَها على ابْنِه وزَوْجَتِه نِصْفَيْنِ ، وهى تَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، فرَدَّ الابنُ ، صَحَّ الوَقْفُ على الابْنِ فى نِصْفِها ، وعلى المَرْأةِ فى ثُمْنِها ، وللابْنِ إبْطالُ الوَقْفِ فى ثَلاثَةِ أثْمانِها ، فتَرْجِعُ إليه مِلْكًا على الوَجْهِ الأوَّلِ ، وعلى الوَجْهِ الثانى ، يَصِحُّ الوَقْفُ على الابْنِ فى نِصْفِها ، وهو أرْبعةُ أسْباعِ نَصِيبِه ، ويَرْجِعُ إليه [13]باقى نَصِيبِه[13] مِلْكًا ، ويَصِحُّ الوَقْفُ فى أرْبَعةِ أسْباعِ الثُّمْنِ الذى لِلْمَرْأةِ ، وباقِيه يكون لها مِلْكًا ، فاضْرِبْ سَبْعةً فى ثَمَانِيةٍ ، تكون سِتَّةً وخَمْسِينَ ، للابْنِ ثمانيةٌ وعِشْرُونَ وَقْفًا ، وأحَدَ وعِشْرُونَ مِلْكًا ، ولِلْمَرْأةِ أرْبَعةُ أسْهُمٍ وَقْفًا ، وثلاثةٌ مِلْكًا . وهكذا ذَكَرَ أصْحابُ الشافِعِىِّ . فأمَّا إن

---

(10) فى م : « مطلقا » .

(11) فى النسخ : « ويحمل » .

(12) فى م : « ونصفها » .

(13 - 13) سقط من : م .

كانت الدَّارُ جَمِيعَ مِلْكِه ، فوَقَفَها كُلَّها ، فعلى ما اخْتَرْناه ، الحُكْمُ فيها كما لو كانت تَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، فإنَّ الوارِثَ فى جَمِيعِ المالِ كالأجْنَبِىِّ فى الزّائِدِ عن الثُّلُثِ ، وأمَّا على / ما رَوَاهُ الجماعةُ ، فإنَّ الوَقْفَ يَلْزَمُ فى الثُّلُثِ من غيرِ اخْتِيارِ الوَرَثَةِ ، وفيما زادَ فلهما إبْطالُ الوَقْفِ فيه ، وللابْنِ إبْطالُ التَّسْوِيَةِ ، [14]فإن اخْتارَ إبْطَالَ التَّسْوِيَةِ[14] دُونَ إبْطالِ الوَقْفِ ، خُرِّجَ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، أنَّه يَبْطُلُ الوَقْفُ فى التُّسْعِ ، ويَرْجِعُ إليه مِلْكًا ، فيَصِيرَ له النِّصْفُ وَقْفًا ، والتُّسْعُ مِلْكًا ، ويكونُ لِلْبِنْتِ السُّدُسُ والتُّسْعانِ وَقْفًا ؛ لأنَّ الابنَ إنَّما يَمْلِكُ[15] إبْطالَ الوَقْفِ فى ما لَه دُونَ ما لغيرِه . والوَجْهُ الثانى ، أنَّ له إبْطالَ الوَقْفِ فى السُّدُسِ ، ويَصِيرُ له النِّصْفُ وَقْفًا ، والتُّسْعُ مِلْكًا ، ولِلْبِنْتِ الثُّلُثُ وَقْفًا ، ونِصْفُ التُّسْعِ مِلْكًا ؛ لئلَّا تَزْدادَ البِنْتُ على الابنِ فى الوَقْفِ . وتَصِحُّ المَسْأَلَةُ فى هذا الوَجْه من ثمانِيةَ عَشَرَ ، للابْنِ تِسْعَةٌ وَقْفًا وسَهْمانِ مِلْكًا ، ولِلْبِنْتِ سِتَّةُ أسْهُمٍ وَقْفًا وسَهْمٌ مِلْكًا . وقال أبو الخَطَّابِ : له إبْطالُ الوَقْفِ فى الرُّبْعِ كلِّه ، ويَصِيرُ له النِّصْفُ وَقْفًا والسُّدُسُ مِلْكًا ، ويكونُ لِلْبِنْتِ الرُّبْعُ وَقْفًا ونِصْفُ السُّدُسِ مِلْكًا ، كما لو كانت الدّارُ تَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، وتَصِحُّ من اثْنَى عَشَرَ .

٩٢٥ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا خَرِبَ الْوَقْفُ ، ولَمْ يَرُدَّ شَيْئًا ، بِيعَ ، واشْتُرِىَ بِثَمَنِه ما يُرَدُّ عَلَى أهْلِ الوَقْفِ ، وجُعِلَ وَقْفًا كالْأَوَّلِ ، وكَذٰلِكَ الْفَرَسُ الْحَبِيسُ[1] إذَا لَمْ يَصْلُحْ لِلْغَزْوِ ، بِيعَ ، واشْتُرِىَ بِثَمَنِهِ مَا يَصْلُحُ لِلْجِهَادِ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الوَقْفَ إذا خَرِبَ ، وتَعَطَّلَتْ مَنافِعُه ، كدارٍ انْهَدَمَتْ ، أو أرْضٍ خَرِبَتْ ، وعادَتْ مَواتًا ، ولم تُمْكِنْ عِمارَتُها ، أو مَسْجِدٍ انْتَقَلَ أهْلُ القَرْيةِ عنه ، وصارَ فى مَوْضِعٍ لا يُصَلَّى فيه ، أو ضاقَ بأهْلِه ولم يُمْكِنْ تَوْسِيعُه[2] فى مَوْضِعِه ،

(١٤ – ١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) فى م : « ملك » .

(١) فى الأصل : « الحبس » .

(٢) فى الأصل : « توسعته » .

أو تَشَعَّبَ[٣] جَمِيعُه فلم تُمْكِنْ عِمَارَتُه ولا عِمَارَةُ بعضِه إلَّا بِبَيْعِ بعضِه ، جازَ بَيْعُ بعضِه لِتُعَمَّرَ به بَقِيَّتُه . وإن لم يُمْكِنِ الانْتِفَاعُ بشيءٍ منه ، بِيعَ جَمِيعُه . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى دَاوُدَ : إذا كان فى المَسْجِدِ خَشَبَتانِ ، لهما قِيمَةٌ ، جازَ بَيْعُهُما وصَرْفُ ثَمَنِهما عليه . وقال ، فى رِوَايةِ صالحٍ : يُحَوَّلُ المَسْجِدُ خَوْفًا من اللُّصُوصِ ، وإذا كان مَوْضِعُه قَذِرًا . قال القاضى : يعنى إذا كان ذلك يَمْنَعُ من الصَّلَاةِ فيه . ونَصَّ على جَوَازِ بَيْعِ عَرْصَتِه ، فى رِوَايةِ عبدِ اللهِ ، وتكونُ الشَّهَادَةُ فى ذلك على الإِمَامِ . قال أبو بكرٍ : وقد رَوَى عليُّ بن سَعِيدٍ ، أنَّ المَساجِدَ لا تُبَاعُ ، وإنَّما تُنْقَلُ آلَتُها . قال : وبالقولِ الأَوَّلِ أقولُ ؛ لإِجْماعِهِم على جَوَازِ بَيْعِ الفَرَسِ الحَبِيسِ[٤] - يعنى المَوْقُوفَةَ على الغَزْوِ - إذا كَبِرَتْ ، فلم تَصْلُحْ لِلْغَزْوِ ، وأمكن الانْتِفاعُ بها فى شيءٍ آخَرَ ، مثل أن تَدُورَ فى الرَّحَى ، أو يُحْمَلَ عليها تُرَابٌ ، أو تكونَ الرَّغْبَةُ فى نِتَاجِها ، أو حِصَانًا / يُتَّخَذُ لِلطِّرَاقِ ، فإنَّه يجوزُ بَيْعُها ، ويُشْتَرَى بِثَمَنِها ما يَصْلُحُ لِلْغَزْوِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال محمدُ بن الحَسَنِ : إذا خَرِبَ المَسْجِدُ أو الوَقْفُ ، عَادَ إلى مِلْكِ واقِفِه ؛ لأنَّ الوَقْفَ إنَّما هو تَسْبِيلُ المَنْفَعَةِ ، فإذا زالَتْ مَنْفَعَتُه ، زالَ حَقُّ المَوْقُوفِ عليه منه ، فزالَ مِلْكُه عنه . وقال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ : لا يجوزُ بَيْعُ شيءٍ من ذلك ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « لا يُبَاعُ أصْلُها ، ولا تُبْتَاعُ ، ولا تُوهَبُ ، ولا تُورَثُ »[٥] . ولأنَّ ما لا يجوزُ بَيْعُه مع بَقَاءِ مَنَافِعِه ، لا يجوزُ بَيْعُه مع[٦] تَعَطُّلِهَا ، كالمُعْتَقِ ، والمَسْجِدُ أشْبَهُ الأشْياءِ بالمُعْتَقِ . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ عمرَ رَضِىَ اللهُ عنه ، كَتَبَ إلى سَعْدٍ ، لمَّا بَلَغَهُ أنه قد نُقِبَ[٧] بَيْتُ المالِ الذى بالكُوفَةِ ، أن[٨] انْقُلِ المَسْجِدَ الذى بالتَّمَّارِين ، واجْعَلْ بَيْتَ

١٥٩/٥ ظ

---

(٣) فى الأصل : « تشعث » .

(٤) فى الأصل : « الحبس » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٤ .

(٦) فى م زيادة : « بقاء » .

(٧) نقب ؛ بفتح القاف : تخرَّق . ونُقِب ؛ بالبناء للمجهول : نقبه بعض الناس .

(٨) سقط من : م .

المالِ فى قِبْلَةِ المَسْجِدِ ، فإنَّه لن يَزَالَ فى المَسْجِدِ مُصَلٍّ[9] . وكان هذا بمَشْهَدٍ من الصَّحَابةِ ، ولم يَظْهَرْ خِلَافُه ، فكان إجْماعًا . ولأنَّ فيما ذَكَرْناه اسْتِبْقاءَ الوَقْفِ بمَعْنَاه عندَ تَعَذُّرِ إبْقَائِه بِصُورَتِه ، فوَجَبَ ذلك ، كما لو اسْتَوْلَدَ الجارِيَةَ المَوْقُوفةَ ، أو قَبَّلَها غيرُه . قال ابنُ عقيلٍ : الوَقْفُ مُؤَبَّدٌ ، فإذا لم يُمْكِنْ تَأْبِيدُه على وَجْهٍ ، يُخَصِّصُهُ[10] اسْتِبْقاءُ الغَرَضِ ، وهو الانْتِفَاعُ على الدَّوَامِ فى عَيْنٍ أخرى ، وإيصَالُ الأبْدَالِ جَرَى مَجْرَى الأعْيانِ ، وجُمُودُنا على العَيْنِ مع تَعَطُّلِها تَضْيِيعٌ لِلْغَرَضِ . ويَقْرُبُ هذا من الهَدْىِ إذا عَطِبَ [11]فى السَّفَرِ[11] ، فإنَّه يُذْبَحُ فى الحالِ ، وإن كان يَخْتَصُّ بمَوْضِعٍ ، فلما تَعَذَّرَ تَحْصِيلُ الغَرَضِ بالكُلِّيَّةِ ، اسْتُوفِىَ منه ما أمكنَ ، وتُرِكَ مُرَاعاةُ المَحلِّ الخاصِّ عندَ تَعَذُّرِه ؛ لأنَّ مُرَاعاتَه مع تَعَذُّرِه تُفْضِى إلى فَوَاتِ الانْتِفاعِ بالكُلِّيَّةِ ، وهكذا الوَقْفُ المُعَطَّلُ المَنَافِعِ . ولَنا ، على محمدِ بن الحَسَنِ ، أنَّه إزَالَةُ مِلْكٍ على وَجْهِ القُرْبةِ ، فلا يَعُودُ إلى مالِكِه باخْتِلَالِه ، وذَهَابِ مَنَافِعِه كالعِتْقِ .

فصل : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ الوَقْفَ إذا بِيعَ ، فأىُّ شىءٍ اشْتُرِىَ بثَمَنِه ممَّا يُرَدُّ على أهْلِ الوَقْفِ جازَ ، سواءٌ كان من جِنْسِه أو من غيرِ جِنْسِه ؛ لأنَّ المَقْصُودَ المَنْفَعةُ ، لا الجِنْسُ ، لكنْ تكونُ المَنْفَعةُ مَصْرُوفةً إلى المَصْلَحَةِ التى كانت الأُولَى تُصْرَفُ فيها ؛ لأنَّه لا يجوزُ تَغْيِيرُ المَصْرِفِ مع إمْكانِ المُحافَظَةِ عليه ، كما لا يجوزُ تَغْيِيرُ الوَقْفِ بالبَيْعِ مع إمكانِ الانْتِفَاعِ به .

فصل : وإذا لم يَكْفِ[12] ثَمَنُ الفَرَسِ الحَبِيسِ[13] لِشِرَاءِ فَرَسٍ أخرى ، أُعِينَ / به فى شِرَاءِ فَرَسٍ حَبِيسٍ يكونُ بعضَ الثَّمَنِ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ

١٦٠/٥ و

---

(٩) سقط من : الأصل . وفى م : « مصلى » ، والمثبت من الشرح الكبير ٣ / ٤٢٠ .

(١٠) فى الأصل : « تخصيصه » .

(١١ – ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى م : « يف » .

(١٣) فى الأصل : « الحبس » .

اسْتِبْقاءُ[١٤] مَنْفَعةِ الوَقْفِ المُمْكِنِ اسْتِبْقاؤُها[١٥] ، وصِيَانَتُها عن الضَّيَاعِ ، ولا سَبِيلَ إلى ذلك إلَّا بهذه الطَّرِيقِ .

فصل : وإن لم تَتَعَطَّلْ مَنْفَعةُ[١٦] الوَقْفِ بالكُلِّيَّةِ ، لكن قَلَّتْ ، وكان غيرُه أنْفَعَ منه وأكْثَرَ رَدًّا على أهْلِ الوَقْفِ ، لم يَجُزْ بَيْعُه ؛ لأنَّ الأصْلَ تَحْرِيمُ البَيْعِ ، وإنَّما أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ ، صِيَانةً لِمَقْصُودِ الوَقْفِ عن الضَّيَاعِ ، مع إمكانِ تَحْصِيلِه ، ومع الانْتِفَاعِ ، وإن قَلَّ ما يَضِيعُ المَقْصُودُ ، اللَّهُمَّ إلَّا أن يَبْلُغَ فى قِلَّةِ النَّفْعِ إلى حَدٍّ لا يُعَدُّ نَفْعًا ، فيكونُ وُجُودُ ذلك كالعَدَمِ .

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى دَاوُدَ ، فى مَسْجِدٍ أرادَ أهْلُه رَفْعَهُ من الأرْضِ ، ويُجْعَلُ تَحْتَه سِقَايَةٌ وحَوَانِيتُ ، فامْتَنَعَ بعضُهم من ذلك : فيُنْظَرُ إلى قولِ أكْثَرِهم . واخْتَلَفَ أصْحَابُنا فى تَأْوِيلِ كلامِ أحمدَ ، فذَهَبَ ابنُ حامدٍ إلى أنَّ هذا فى مَسْجِدٍ أرادَ أهْلُه إنْشَاءَه ابْتِداءً ، واخْتَلَفُوا كيف يُعْمَلُ ؟ وسَمّاهُ مَسْجِدًا قبلَ بِنائِه تَجَوُّزًا ؛ لأنَّ مآلَه إليه ، أمَّا بعدَ كَوْنِه مَسْجِدًا لا يجوزُ جَعْلُه سِقَايةً ولا حَوَانِيتَ . وذَهَبَ القاضى إلى ظاهِرِ اللَّفْظِ ، وهو أنَّه كان مَسْجِدًا ، فأرادَ أهْلُه رَفْعَه ، وجَعْلَ ما تَحْتَه سِقَايةً لِحَاجَتِهِم إلى ذلك . والأوَّلُ أصَحُّ وأوْلَى ، وإن خالَفَ الظاهِرَ ؛ فإنَّ المَسْجِدَ لا يجوزُ نَقْلُه ، وإبْدَالُه ، وبَيْعُ سَاحَتِه ، وجَعْلُها سِقَايةً وحَوَانِيتَ ، إلَّا عندَ تَعَذُّرِ الانْتِفاعِ به ، والحاجةُ إلى سِقَايةٍ وحَوَانِيتَ لا تُعَطِّلُ نَفْعَ المَسْجِدِ ، فلا يجوزُ صَرْفُه فى ذلك ، ولو جازَ جَعْلُ أسْفَلِ المَسْجِدِ سِقَايةً وحَوَانِيتَ لهذه الحاجَةِ ، لَجازَ تَخْرِيبُ المَسْجِدِ وجَعْلُه سِقَايةً وحَوَانِيتَ ، ويَجعَلُ بَدَلَهُ مَسْجِدًا فى مَوْضِعٍ آخَرَ . وقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ بَكْرِ بن محمدٍ ، عن أبِيه ، فى مَسْجِدٍ ليس بِحَصِينٍ من الكِلَابِ ، وله مَنَارَةٌ ، فَرَخَّصَ فى نَقْضِها ، وبِناءِ حائِطِ المَسْجِدِ بها لِلْمَصْلَحَةِ .

---

(١٤) فى الأصل : « استيفاء » .

(١٥) فى الأصل : « استيفاؤها » .

(١٦) فى م : « مصلحة » .

فصل : ولا يجوزُ أن يُغْرَسَ فى المَسْجِدِ شَجَرَةٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، وقال : إن كانت غُرِسَتِ النَّخْلَةُ بعدَ أن صارَ مَسْجِدًا ، فهذه غُرِسَتْ بغير حَقٍّ ، فلا أُحِبُّ الأَكْلَ منها ، ولو قَلَعَها الإِمامُ لجازَ ؛ وذلك لأَنَّ المَسْجِدَ لم يُبْنَ لهذا ، وإنَّما بُنِىَ لِذِكْرِ اللهِ والصَّلَاةِ وقِرَاءةِ القُرْآنِ ، ولأَنَّ الشَّجَرَةَ تُؤْذِى المَسْجِدَ وتَمْنَعُ المُصَلِّينَ من الصَّلَاةِ فى مَوْضِعِها ، ويَسْقُطُ وَرَقُها فى المَسْجِدِ وثَمَرُها ، وتَسْقُطُ عليها العَصَافِيرُ والطَّيْرُ / فتَبُولُ فى المَسْجِدِ ، وربما اجْتَمَعَ الصِّبْيانُ فى المَسْجِدِ من أجْلِها ، ورَمَوْهَا بالحِجَارَةِ لِيَسْقُطَ ثَمَرُها . فأمَّا إن كانت النَّخْلَةُ فى أرْضٍ ، فجَعَلَها صاحِبُها مَسْجِدًا والنَّخْلَةُ فيها ، فلا بَأْسَ . قال أحمدُ فى مَوْضِعٍ : لا بَأْسَ . يَعْنِى أن يَبِيعَها من الجِيرَانِ . وقال ، فى رِوَايةِ أبى طالِبٍ ، فى النَّبْقَةِ : لا تُبَاعُ ، وتُجْعَلُ لِلْمُسْلِمينَ وأهْلِ الدَّرْبِ يأْكُلُونَها . وذلك ، واللهُ أعلمُ ، لأَنَّ صاحِبَ الأَرْضِ لمَّا جَعَلَها مَسْجِدًا والنَّخْلَةُ فيها ، فقد وَقَفَ الأَرْضَ والنَّخْلَةَ معها ، ولم يُعَيِّنْ مَصْرِفَها ، فصارَتْ كالوَقْفِ المُطْلَقِ الذى لم يُعَيَّنْ له مَصْرِفٌ ، وقد ذَكَرْنا فيه فى إحْدَى الرِّوَاياتِ ، أنَّه لِلْمَساكِينِ . فأما إن قال صاحِبُها : هذه وَقْفٌ على المَسْجِدِ . فيَنْبَغِى أن يُبَاعَ ثَمَرُها ، ويُصْرَفَ إليه ، كما لو وَقَفَها على المَسْجِدِ وهى فى غيرِه . قال أبو الخَطَّابِ : عندى أنَّ المَسْجِدَ إذا احْتاجَ إلى ثَمَنِ ثَمَرةِ الشَّجَرَةِ ، بِيعَتْ ، وصُرِفَ ثَمَنُها فى عِمَارَتِه . قال : وقولُ أحمدَ : يأْكُلُها الجِيرَانُ . مَحْمولٌ على أنَّهم يَعْمُرُونَهُ .

١٦٠/٥ ظ

فصل : وما فَضَلَ من حُصْرِ المَسْجِدِ وزَيْتِه ، ولم يُحْتَجْ إليه ، جازَ أن يُجْعَلَ فى مَسْجِدٍ آخَرَ ، أو يُتَصَدَّقَ من ذلك على فُقَراءِ جِيرَانِه وغيرِهم ، وكذلك إن فَضَلَ من قَصَبِه أو شىءٍ من نِقْضِه . قال أحمدُ ، فى مَسْجِدٍ بُنِىَ ، فبَقِىَ من خَشَبِه أو قَصَبِه أو شىءٍ من نِقْضِه ، فقال : يُعَانُ فى مَسْجِدٍ آخَرَ . أو كما قال . وقال المَرُّوذِىُّ : سَأَلْتُ أبا عبدِ اللهِ عن بَوَارِى المَسْجِدِ[١٧] ، إذا فَضَلَ منه الشىءُ ، أو الخَشَبةُ . قال :

(١٧) بوارى المسجد : حصره .

يُتصَدَّقُ به . وأَرَى أنَّه قد احْتَجَّ بكُسْوَةِ البَيْتِ إذا تَخرَّقَتْ تُصدِّقَ بها . وقال فى مَوْضِعٍ آخَرَ : قد كان شَيْبَةُ يَتَصَدَّقُ بخُلْقَانِ الكَعْبةِ . ورَوَى الخَلَّالُ ، بإسْنادِه عن عَلْقَمَةَ ، عن أُمِّه ، أنَّ شَيْبَةَ بن عُثْمانَ الْحَجَبِيَّ ، جاءَ إلى عائِشَةَ رَضِىَ اللهُ عنها ، فقال : يا أُمَّ المُؤْمِنِينَ ، إنَّ ثِيَابَ الكَعْبةِ تَكْثُرُ عليها ، فنَنْزِعُها ، فَنَحْفِرُ لها آبارًا فَنَدْفِنُها فيها ، حتى لا تَلْبَسَها الحائِضُ والجُنُبُ . قالت عائِشَةُ : بِئْسَ ما صَنَعْتَ ، ولم تُصِبْ ، إنَّ ثِيَابَ الكَعْبةِ إذا نُزِعَتْ لم يَضِرْها مَنْ لَبِسَها من حائِضٍ أو جُنُبٍ ، ولكنْ لو بِعْتَها ، وجَعَلْتَ ثَمَنَها فى سَبِيلِ اللهِ والمَساكِينِ . فكان شَيْبةُ يَبْعَثُ بها إلى اليَمَنِ ، فتُبَاعُ ، فيَضَعُ ثَمَنَها حيث أمَرَتْه عائِشَةُ . وهذه قِصَّةٌ مثلُها يَنْتَشِرُ ، ولم يُنْكَرْ ، فيكون إجْماعًا(١٨) ، ولأنَّه مالُ اللهِ تعالى ، لم يَبْقَ له مَصْرِفٌ ، فصُرِفَ إلى المَساكِينِ ، كالوَقْفِ المُنْقَطِعِ .

٥/١٦١ و **فصل** : إذا جَنَى الوَقْفُ جِنَايَةً تُوجِبُ القِصَاصَ ، وَجَبَ / ، سواءٌ كانت الجِنَايَةُ على المَوْقُوفِ عليه أو على غيرِه . فإن قُتِلَ بَطَلَ الوَقْفُ فيه ، وإن قُطِعَ كان باقِيه وَقْفًا ، كما لو تَلِفَ بِفِعْلِ اللهِ تعالى . وإن كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، لم يُمْكِنْ تَعَلُّقُها بِرَقَبَتِه ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ بَيْعُها ، ويَجِبُ أَرْشُها على المَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه تَعَلَّقَ أَرْشُه بِرَقَبَتِه ، فكان على مَالِكِه ، كأُمِّ الوَلَدِ . ولا يَلْزَمُه أكْثَرُ من قِيمَتِه كأُمِّ الوَلَدِ . وإن قُلْنا : الوَقْفُ لا يُمْلَكُ . فالأَرْشُ فى كَسْبِه ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ تَعَلُّقُه بِرَقَبَتِه لِكَوْنِها لا تُبَاعُ ، وبالمَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُه ، فكان فى كَسْبِه ، كالحُرِّ يكونُ فى مالِه . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ فى بَيْتِ المالِ ، كأَرْشِ جِنَايةِ الحُرِّ المُعْسِرِ . وهذا احتمالٌ ضَعِيفٌ جدًّا ؛ فإنَّ الجِنَايةَ إنَّما تكونُ فى بَيْتِ المالِ ، فى صُورَةٍ تَحْمِلُها العاقِلَةُ عندَ عدَمِها ، وجِنَايةُ العَبْدِ لا تَحْمِلُها العاقِلَةُ . وإن كان الوَقْفُ على المَساكِينِ ، فيَنْبَغِى أن يكونَ الأَرْشُ فى كَسْبِه ؛ لأنَّه ليس له مُسْتَحِقٌّ مُعَيَّنٌ يُمْكِنُ إيجابُ الأَرْشِ عليه ، ولا يُمْكِنُ تَعَلُّقُه بِرَقَبَتِه ، لِتَعَذُّرِ بَيْعِها ، فتَعَيَّنَ فى كَسْبِه . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ فى بَيْتِ المالِ .

---

(١٨) سقط من : م .

فصل : وإن جُنِىَ على الوَقْفِ جِنَايةٌ مُوجِبَةٌ للمالِ ، وَجَبَ ؛ لأن ماليَّتَهُ لم تَبْطُلْ ، ولو بَطَلَتْ ماليَّتُه لم يَبْطُلْ أرْشُ الجِنَايةِ عليه ، فإنَّ الحُرَّ يَجبُ أرْشُ الجِنَايةِ عليه ، فإن قُتِلَ وَجَبَتْ قِيمَتُه ، وليس لِلْمَوْقُوفِ عليه العَفْوُ عنها ؛ لأنَّه لا يَخْتَصُّ بها ، ويُشْتَرى بها مثلُ المَجْنِىِّ عليه يكونُ وَقْفًا . وقال بعضُ الشافِعِيَّة : يَخْتَصُّ المَوْقُوفُ عليه بالقِيمَةِ إن قُلْنا : إنَّه يَمْلِكُ المَوْقُوفَ ، لأنَّه بَدَلُ مِلْكِه . ولَنا ، أنَّه مِلْكٌ لا يَخْتَصُّ به ، فلم يَخْتَصَّ بِبَدَلِه ، كالعَبْدِ المُشْتَرَكِ المَرْهُونِ ، وبَيَانُ عَدَمِ الاخْتِصاصِ ظاهِرٌ ، فإنَّه يَتَعلَّقُ به حَقُّ البَطْنِ الثانى ، فلم يَجُزْ إبْطالُه . ولا نَعْلَمُ قَدْرَ ما يَسْتَحِقُّ هذا منه فيَعْفُوَ[19] عنه ، فلم يَصِحَّ العَفْوُ عن شىءٍ منه ، كما لو أتْلَفَ رَجُلٌ رَهْنًا ، أُخِذَتْ منه قِيمَتُه فجُعِلَتْ رَهْنًا ، ولم يَصِحَّ عَفْوُ واحدٍ منهما عنه . وإن كانت الجِنَايَةُ عَمْدًا مَحْضًا من مُكَافِئٍ له ، فالظَّاهِرُ أنَّه لا يَجِبُ القِصَاصُ ؛ لأنَّه مَحَلٌّ لا يَخْتَصُّ به المَوْقُوفُ عليه ، فلم يَجُزْ أن يَقْتَصَّ من قاتِلِه ، كالعَبْدِ المُشْتَرَكِ . وقال بعضُ أصْحابِ الشافِعِىِّ : يكونُ ذلك إلى الإمامِ ، فإن قُطِعَتْ يَدُ العَبْدِ أو طَرَفٌ من أطْرَافِه ، فالقِصَاصُ له ، وله اسْتِيفاؤُه ؛ / لأنَّه لا يُشَارِكُه فيه غيرُه ، وإن كان القَطْعُ لا يُوجِبُ القِصَاصَ ، أو يُوجِبُه فعُفِىَ عنه ، وَجَبَ نِصْفُ قِيمَتِه ، فإن أمْكَنَ أن يُشْتَرَى بها عَبْدٌ كامِلٌ ، وإلَّا اشْتُرِىَ بها شِقْصٌ من عَبْدٍ .

١٦١/٥ ظ

فصل : ويجوزُ تَزْوِيجُ الأمَةِ المَوْقُوفَةِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعَتِها ، أشْبَهَ الإجارَةَ ، ولأنَّ المَوْقُوفَ عليه لا يَمْلِكُ اسْتِيفاءَ هذه المَنْفَعةِ ، فلا يَتَضَرَّرُ بتَمْلِيكِ غيرِه إيَّاها ، ووَلِيُّها المَوْقُوفُ عليه ؛ لأنَّها مِلْكُه ، والمَهْرُ له ؛ لأنَّه بَدَلُ نَفْعِها ، أشْبَهَ الأجْرَ فى الإجَارَةِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يجوزَ تَزْوِيجُها ؛ لأنَّه عَقْدٌ على نَفْعِها فى العُمْرِ ، فيُفْضِى إلى تَفْوِيتِ نَفْعِها فى حَقِّ البَطْنِ الثانِى ، ولأنَّ النِّكاحَ يَتَعَلَّقُ به حُقُوقٌ ؛ من وُجوبِ تَمْكِينِ الزَّوْجِ من اسْتِمْتاعِها ، (20ومَبِيتِها عندَه20) ، فتَفُوتُ خِدْمَتُها فى اللَّيْلِ على البَطْنِ

---

(١٩) فى م : « فنعفو » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : الأصل .

الثانى ، إلّا أن تَطْلُبَ التَّزوِيجَ ، فيَتَعَيَّن تَزويجُها ؛ لأنّه حَقٌّ لها طَلَبَتْه ، فتَتَعَيَّنُ[21] الإجَابةُ إليه ، وما فاتَ من الحَقِّ به ، فاتَ تَبعًا لإيفائِها حقَّها ، فوَجَبَ ذلك ، كما يَجِبُ تَزْويجُ الأَمَةِ غيرِ المَوْقُوفَةِ إذا طَلَبَتْ ذلك . وإذا زَوَّجها فوَلَدَتْ من الزَّوْجِ ، فوَلَدُها وَقْفٌ معها[22] ؛ لأنَّ وَلَدَ كلِّ ذاتِ رَحِمٍ تَثْبُتُ لها حُرْمَةٌ ، حُكْمُه حُكْمُها ، كأُمِّ الوَلَدِ والمُكاتَبَةِ . وإن أكْرَهَها[23] أجْنَبيٌّ ، فوَطِئَها ، أو طَاوَعَتْه ، فعليه الحَدُّ إذا انْتَفَتِ الشُّبْهةُ ، وعليه المَهْرُ لأهْلِ الوَقْفِ ؛ لأنَّه وَطِئَ جارِيَةَ غيرِه ، أشْبَهَ الأَمَةَ المُطَلَّقَةَ ، ووَلَدُها يكون وَقْفًا معها . وإن وَطِئَها بِشُبْهةٍ يَعْتَقِدُها حُرَّةً ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، ولو كان الواطِئُ عَبْدًا ، وتَجِبُ قِيمَتُه ؛ لأنَّه كان من سَبِيلِه أن يكونَ مَمْلُوكًا ، فمَنَعَهُ اعْتِقَادُ الحُرِّيةِ من الرِّقِّ ، فوَجَبَتْ قِيمَتُه يُشْتَرَى بها عَبْدٌ يكونُ وَقْفًا[24] ، وتُعْتَبَرُ[25] قِيمَتُه يوم تَضَعُهُ حَيًّا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَقْوِيمُه قبلَ ذلك .

فصل : وليس لِلْمَوْقُوفِ عليه وَطْءُ الأَمَةِ المَوْقُوفَةِ ؛ لأنَّا[26] لا نَأْمَنُ حَبَلَها ، فتَنْقُصُ أو تَتْلَفُ أو تَخْرُجُ من الوَقْفِ بكَوْنِها أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّ مِلْكَه ناقِصٌ ، فإن وَطِئَ ، فلا حَدَّ عليه ؛ لِلشُّبْهةِ ، ولا مَهْرَ عليه ؛ لأنَّه لو وَجَبَ لوَجَبَ له ، ولا يَجِبُ لِلإِنْسانِ شىءٌ على نَفْسِه ، والوَلَدُ حُرٌّ ؛ لأنَّه مِن وَطْءِ شُبْهَةٍ . وعليه قِيمَةُ الوَلَدِ ، [27]يُشْتَرَى بها عَبْدٌ[27] مكانَه وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه أحْبَلَها بحُرٍّ فى مِلْكِه . فإذا ماتَ عَتَقَتْ ، ووَجَبَتْ قِيمَتُها فى تَرِكَتِه ؛ لأنَّه أتْلَفَها على مَنْ بعده / من البُطُونِ ، فيُشْتَرَى بها جارِيةٌ تكونُ وَقْفًا مكانَها . وإن قُلْنا : إن المَوْقُوفَ عليه لا يَمْلِكُها . لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدِه له ؛ لأنَّها غيرُ مَمْلُوكةٍ له .

٥/١٦٢ و

---

(٢١) فى الأصل : « فتعينت » .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣) فى م : « أكراها » .

(٢٤) فى م : « رقيقا » .

(٢٥) فى الأصل : « وتجب » .

(٢٦) فى الأصل : « لأنه » .

(٢٧ - ٢٧) فى الأصل : « ويشترى بها عبدا » .

فصل : وإن أَعْتَقَ العَبْدَ المَوْقُوفَ ، لم يَنْفُذْ عِتْقُه ؛ لأنَّه يَتعلَّقُ به حَقُّ غيرِه ، ولأنَّ الوَقْفَ لازِمٌ ، فلا يُمْكِنُ إبْطَالُه . وإن كان نِصْفُ العَبْدِ وَقْفًا ، ونِصْفُه طَلْقًا ، فأعْتَقَ صاحِبُ الطَّلْقِ ، لم يَسْرِ عِتْقُه إلى الوَقْفِ ؛ لأنَّه إذا لم يَعْتِقْ بالمُبَاشَرَةِ فبالسِّرايةِ أَوْلَى .

٩٢٦ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَصَلَ فِي يَدِ بَعْضِ أَهْلِ الْوَقْفِ خَمْسَةُ أَوْسُقٍ ، فَفِيهِ الزَّكَاةُ . وإِذَا صَارَ الْوَقْفُ لِلْمَساكِينِ ، فَلَا زَكَاةَ فِيهِ)

وجملةُ ذلك أنَّ الوَقْفَ إذا كان شَجَرًا فأَثْمَرَ ، أو أرْضًا فزُرِعَتْ ، وكان الوَقْفُ على قَوْمٍ بأعْيانِهم ، فحَصَلَ لِبَعْضِهِم من الثَّمرةِ أو الحَبِّ نِصَابٌ ، ففيه الزَّكَاةُ . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِيُّ . ورُوِى عن طاوُسٍ ، ومَكْحُولٍ : لا زَكاةَ فيه ، لأنَّ الأرْضَ ليست مَمْلُوكةً لهم ، فلم تَجِبْ عليهم زَكَاةٌ فى الخارِجِ منها ، كالمَساكِينِ . ولَنا ، أنَّه استغَلَّ[1] من أرْضِه أو شَجَرِه نِصَابًا ، فلَزِمَتْهُ زَكَاتُه ، كغيرِ الوَقْفِ ، يُحَقِّقُه أنَّ الوَقْفَ الأصْلُ ، والثَّمرَةَ طَلْقٌ ، والمِلْكُ فيها تامٌّ ، له التَّصرُّفُ فيها بجَمِيعِ التَّصرُّفاتِ ، وتُورَثُ عنه ، فتَجِبُ فيها الزَّكاةُ ، كالحاصِلَةِ من أرْضٍ مُسْتَأْجَرةٍ له . وقولُهم : إنَّ الأرْضَ غيرُ مَمْلُوكةٍ له . مَمْنُوعٌ . وإن سَلَّمْنا ذلك ، فهو مالِكٌ لِمَنْفَعَتِها ؛ ويَكْفِى ذلك فى وُجُوبِ الزَّكاةِ ، بِدَلِيلِ الأرْضِ المُسْتَأْجَرةِ . أمَّا المَساكِينُ فلا زَكاةَ عليهم فيما يَحْصُلُ فى أيْدِيهم ، سواءٌ حَصَلَ فى يَدِ بعضِهم نِصَابٌ من الحُبُوبِ والثِّمارِ ، أو لم يَحْصُلْ ، ولا زَكاةَ عليهم قبلَ تَفْرِيقِها ، وإن بَلَغَتْ نُصُبًا[2] ؛ لأنَّ الوَقْفَ [3]على المَساكِينِ[3] لا يَتعَيَّنُ لواحِدٍ منهم ، بِدَلِيلِ أنَّ كُلَّ واحِدٍ منهم يجوزُ حِرْمَانُه والدَّفْعُ إلى غيرِه ، وإنَّما ثَبَتَ[4] المِلْكُ فيه بالدَّفْعِ والقَبْضِ ، لِمَا أُعْطِيَهُ من غَلَّتِه مِلْكًا مُسْتَأْنَفًا ، فلم تَجِبْ عليه فيه زَكاةٌ ، كالذى يُدْفَعُ إليه من الزَّكاةِ ،

---

(١) فى الأصل : « اشتغل » .

(٢) فى الأصل : « نصابا » .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى الأصل : « يثبت » .

وكما لو وَهَبَهُ أو اشْتَرَاهُ . وفارَقَ الوَقفَ على قَوْمٍ بأعْيانِهم . فإنَّه يُعَيَّنُ[٥] لكلِّ واحِدٍ منهم حَقٌّ فى نَفْعِ الأَرْضِ وغَلَّتِها ، ولهذا يَجِبُ إعْطاؤُه ، ولا يجوزُ حِرْمَانُه .

فصل : ويَصِحُّ الوَقْفُ على القَبِيلَةِ العَظِيمَةِ ، كقُرَيْشٍ ، وبنى هاشِمٍ ، وبنى تَمِيمٍ ، وبنى وائِلٍ ، ونحوِهم . ويجوزُ الوَقْفُ على المُسْلِمينَ كلِّهم ، وعلى أَهْلِ إقْليمٍ ومَدِينَةٍ ، كالشَّامِ ودِمَشْقَ / ونحوِهم . ويجوزُ لِلرَّجُلِ أن يَقِفَ على عَشِيرَتِه ، وأَهْلِ مَدِينَتِه . وقال الشافِعِىُّ ، فى أحِدِ قَوْلَيْه : لا يَصِحُّ الوَقْفُ على مَنْ لا يُمْكِنُ اسْتِيعابُهُم وحَصْرُهُم ، فى غيرِ المَساكِينِ وأشْباهِهِم ؛ لأَنَّ هذا تَصَرُّفٌ فى حَقِّ الآدَمِىِّ ، فلم يَصِحَّ مع الجَهَالةِ ، كما لو قال : وَقَفْتُ على قَوْمٍ . ولَنا ، أنَّ مَنْ صَحَّ الوَقْفُ عليه ، إذا كان عَدَدُه مَحْصِيًّا ، صَحَّ ، وإن لم يكنْ مَحْصِيًّا ، كالفُقَراءِ والمَساكِينِ . وماذَكَرَهُ يَبْطُلُ بالوَقْفِ على الفُقَراءِ والمَساكِينِ . ومتى كان الوَقْفُ على مَنْ لا يُمْكِنُ حَصْرُهُم ، فلا زَكَاةَ على واحِدٍ منهم فيما يَصِحُّ له ؛ لما ذَكَرناه فى المَساكِينِ ، ولا فى جُمْلَةِ الوَقْفِ ؛ لما ذَكَرْناه من قبلُ .

١٦٢/٥ ظ

٩٢٧ – مسألة ؛ قال : (**وَمَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بالإِتْلَافِ ، مِثْلُ الذَّهَبِ والوَرِقِ والْمَأْكُولِ والْمَشْرُوبِ ، فوَقْفُهُ غَيْرُ جَائِزٍ**)

وجملتُه أنَّ ما لا يُمْكِنُ الانْتِفاعُ به مع بَقاءِ عَيْنِه ، كالدَّنانِيرِ والدَّراهِمِ ، والمَطْعُومِ والمَشْرُوبِ ، والشَّمْعِ ، وأشْباهِه ، لا يَصِحُّ وَقْفُه ، فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ وأَهْلِ العِلْمِ ، إلَّا شَيْئًا يُحْكَى عن مالِكٍ ، والأَوْزَاعِىِّ ، فى وَقْفِ الطَّعامِ ، أنَّه يجوزُ . ولم يَحْكِه أصْحابُ مالِكٍ . وليس بِصَحِيحٍ ؛ لأَنَّ الوَقْفَ تَحْبِيسُ الأَصْلِ وتَسْبِيلُ الثَّمرَةِ ، وما لا يُنْتَفَعُ به إلَّا بالإِتْلافِ لا يَصِحُّ فيه ذلك . وقيل فى الدَّراهِمِ والدَّنانِيرِ : يَصِحُّ وَقْفُها ، على قولِ مَن أجازَ إجارَتَها . ولا يَصِحُّ ؛ لأَنَّ تلك المَنْفَعَةِ ليست

---

(٥) فى الأصل : « يتعين » .

المَقْصُودَ الذى خُلِقَتْ له الأَثْمانُ ، ولهذا لا تُضْمَنُ فى الغَصْبِ ، فلم يَجُز الوَقْفُ له ، كوَقْفِ الشَّجَرِ على نَشْرِ الثِّيابِ ، والغَنَمِ على دَوْسِ الطِّينِ ، والشَّمْعِ لِيُتَجَمَّلَ به .

فصل : والمُرادُ بالذَّهَبِ والفِضَّةِ هٰهُنا الدَّراهِمُ والدَّنَانِيرُ ، وما ليس بِحَلْيٍ ؛ لأَنَّ ذلك هو الذى يَتْلَفُ بالانْتِفاعِ به . أَمَّا الحَلْىُ ، فيَصِحُّ وَقْفُه لِلُّبْسِ والعارِيَّةِ ؛ لما رَوَى[1] نافِعٌ ، قال : ابْتاعَتْ حَفْصَةُ حَلْيًا بِعِشْرِينَ أَلْفًا ، فحَبَّسَتْهُ على نِسَاءِ آلِ الخَطَّابِ ، فكانت لا تُخْرِجُ زَكَاتَه . رَوَاه الخَلَّالُ بإسْنادِه . ولأَنَّه عَيْنٌ يُمْكِنُ الانْتِفاعُ بها ، مع بَقَائِها دَائِمًا ، فصَحَّ وَقْفُها ، كالعَقَارِ ، ولأَنَّه يَصِحُّ تَحْبِيسُ أَصْلِها وتَسْبِيلُ الثَّمَرَةِ ، فصَحَّ وَقْفُها ، كالعَقَارِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أَنَّه لا يَصِحُّ وَقْفُها . وأَنْكَرَ الحَدِيثَ عن حَفْصَةَ فى وَقْفِه . وذَكَرَه ابنُ أبى موسى ، إلَّا أن القاضِىَ تَأَوَّلَه على أَنَّه لا يَصِحُّ الحَدِيثُ فيه . ووَجْهُ هذه الرِّوَايةِ أَنَّ التَّحَلِّىَ ليس هو / المَقْصُودَ الأَصْلِىَّ من الأَثْمانِ ، فلم يَصِحَّ وَقْفُها عليه ، كما لو وَقَفَ الدَّنَانِيرَ والدَّراهِمَ . والأولُ هو المذهبُ ؛ لما ذَكَرْناه ، والتَّحَلِّى من المَقاصِدِ المُهِمَّةِ ، والعادَةُ جارِيَةٌ به ، وقد اعْتَبَرَهُ الشَّرْعُ فى إسْقَاطِ الزَّكاةِ عن مُتَّخِذِه ، وجَوَّزَ إجارَتَه لذلك . ويُفارِقُ الدَّراهِمَ والدَّنَانِيرَ ، فإن العادَةَ لم تَجْرِ بالتَّحَلِّى به ، ولا اعْتَبَره الشَّرْعُ فى إسْقاطِ زَكَاتِه ، ولا ضَمَانِ مَنْفَعَتِه[2] فى الغَصْبِ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا .

١٦٣/٥ و

فصل : ولا يَصِحُّ وَقْفُ الشَّمْعِ ؛ لأَنَّه يَتْلَفُ بالانْتِفاعِ به ، فهو كالمَأْكُولِ والمَشْرُوبِ ، ولا ما يُسْرِعُ إليه الفَسَادُ ، من المَشْمُومَاتِ والرَّيَاحِينِ وأَشْبَاهِها ؛ لأَنَّها تَتْلَفُ على قُرْبٍ من الزَّمَانِ ، فأَشْبَهَتِ المَطْعُومَ ، ولا وَقْفُ ما لا يجوزُ بَيْعُه ، كأُمِّ الوَلَدِ ، والمَرْهُونِ ، والكَلْبِ ، والخِنْزِيرِ ، وسائِرِ سِبَاعِ البَهَائِمِ التى لا تَصْلُحُ

---

(١) فى الأصل زيادة : « عن » .

(٢) فى م : « نفعه » .

لِلصَّيْدِ ، وجَوَارِحِ الطَّيْرِ التى لا يُصَادُ بها ؛ لأنَّه نَقْلٌ لِلْمِلْكِ[3] فيها فى الحَياةِ ، فأشْبَهَ البَيْعَ ، ولأنَّ الوَقْفَ تَحْبِيسُ الأصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعةِ ، وما لا مَنْفعةَ فيه لا يَحْصُلُ فيه تَسْبِيلُ المَنْفَعةِ ، والكَلْبُ أُبِيحَ الانْتِفاعُ به على خِلَافِ الأصْلِ لِلضَّرُورَةِ ، فلم يَجُز التَّوسُّعُ فيها ، والمَرْهُونُ فى وَقْفِه إبْطَالُ حَقِّ المُرْتَهِنِ منه ، فلم يَجُزْ[4] إبْطَالُه . ولا يَصِحُّ الوَقْفُ فيما ليس بمُعَيَّنٍ ، كعَبْدٍ فى الذِّمَّةِ ، ودارٍ ، وسِلَاحٍ ؛ لأنَّ الوَقْفَ إبْطَالٌ لِمَعْنَى المِلْكِ فيه ، فلم يَصِحَّ فى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، كالعِتْقِ[5] .

فصل : قال أحمدُ ، فى مَن وَصَّى بِفَرَسٍ وسَرْجٍ ولِجَامٍ مُفَضَّضٍ ، يُوقَفُ فى سَبِيلِ اللهِ : فهو على ما وَقَفَ وَوَصَّى ، وإن بِيعَ الفِضَّةُ من السَّرْجِ واللِّجَامِ ، وجُعِلَ فى وَقْفِ مِثْلِه ، فهو أحَبُّ ؛ لأنَّ الفِضَّةَ لا يُنْتَفَعُ بها ، ولعلَّه يَشْتَرِى بتلك الفِضَّةِ سَرْجًا ولِجَامًا ، فيكونُ أنْفَعَ لِلْمُسْلِمينَ . فقيل له : تُبَاعُ الفِضَّةُ ، وتُجْعَلُ فى نَفَقَتِه ؟ قال : لا . فأبَاحَ أن يَشْتَرِىَ بِفِضَّةِ السَّرْجِ واللِّجَامِ سَرْجًا ولِجَامًا ؛ لأنَّه صَرْفٌ لهما فى جِنْسِ ما كانت عليه ، حينَ لم يُنْتَفَعْ بهما فيه . فأشْبَه الفَرَسَ الحَبِيسَ إذا عَطِبَ فلم يُنْتَفَعْ به فى الجِهَادِ ، جازَ بَيْعُه ، وصَرْفُ ثَمَنِه فى مِثْلِه ، ولم يَجُزْ إنْفاقُها[6] على الفَرَسِ ؛ لأنَّه صَرْفٌ لها إلى غيرِ جِهَتِها .

٩٢٨ ـ مسألة ؛ قال : (**ويَصِحُّ الْوَقْفُ فِيمَا عَدَا ذٰلِكَ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الذى يجوزُ وَقْفُه ، ما جازَ بَيْعُه ، وجازَ الانْتِفاعُ به مع بَقَاءِ عَيْنِه ، وكان أصْلًا يَبْقَى بَقَاءً مُتَّصِلًا ، كالعَقَارِ ، والحَيَوانَاتِ ، والسِّلَاحِ ، والأثَاثِ ، وأشْباهِ ذلك . قال أحمدُ ، فى / رِوَايةِ الأثْرَمِ : إنَّما الوَقْفُ فى الدُّورِ والأرَضِينَ ، على ما وَقَفَ أصْحابُ رسولِ اللهِ ﷺ . وقال فى مَن وَقَفَ خَمْسَ نَخَلَاتٍ على مَسْجِدٍ : ١٦٣/٥ ظ

(٣) فى الأصل : « الملك » .
(٤) فى الأصل : « يصح » .
(٥) فى الأصل : « كالعين » .
(٦) فى م : « إيقافها » .

لا بَأْسَ به . وهذا قولُ الشافِعِيّ . وقال أبو يوسفَ : لا يجوزُ وَقْفُ الحَيَوانِ ، ولا الرَّقِيقِ ، ولا الكُرَاعِ[1] ، ولا العَرْضِ[2] ، ولا السِّلَاحِ ، والغِلْمانِ ، والبَقَرِ ، والآلَةِ فى الأرْضِ المَوْقُوفةِ تبعًا لها ؛ لأن [3]هذا حيوانٌ[3] لا يُقَاتَلُ عليه ، فلم يَجُزْ وَقْفُه ، كما لو كان الوَقْفُ إلى مُدَّةٍ . وعن مالِكٍ فى الكُرَاعِ والسِّلَاحِ رِوَايتانِ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « أمَّا خَالِدٌ فَقَدِ احْتَبَسَ أَدْرَاعَه وَأَعْتَادَه فِى سَبِيلِ اللهِ » . مُتَّفَقٌ عليه[4] . وفى رِوَايةٍ : « وأَعْتُدَهُ » . أخْرَجَه البُخَارِىُّ . قال الخَطَّابِىُّ[5] : الأَعْتَادُ ما يُعِدُّه[6] الرَّجُلُ من [7]المَرْكُوبِ والسِّلَاحِ[7] وآلَةِ الجِهَادِ . ورُوِىَ أنَّ أُمَّ مَعْقِلٍ ، جاءَتْ إلى النبىِّ ﷺ ، فقالت : يارسولَ اللهِ ، إنَّ أبا مَعْقِلٍ جَعَلَ ناضِحَهُ فى سَبِيلِ اللهِ ، وإنِّى أُرِيدُ الحَجَّ ، أفأَرْكَبُه ؟ فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « ارْكَبِيهِ ، فإنَّ الحَجَّ والعُمْرَةَ مِنْ سَبِيلِ اللهِ »[8] . ولأنَّه يَحْصُلُ فيه تَحْبِيسُ الأَصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعةِ ، فصَحَّ وَقْفُه ، كالعَقَارِ [9]والفَرَسِ الحَبِيسِ ، ولأنَّه يَصِحُّ وَقْفُه مع غيرِه ، فصَحَّ وَقْفُه وحدَه ، كالعَقَارِ[9] .

---

(١) الكراع : اسم يجمع الخيل والسلاح .

(٢) فى الأصل : « العروض » .

(٣ - ٣) فى م : « الحيوان » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ وفى الرقاب ... ﴾ ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب ما قيل فى درع النبى ﷺ ... ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ٢/ ١٥١ ، ٤/ ٤٩ . ومسلم ، فى : باب فى تقديم الزكاة ومنعها ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٢/ ٦٧٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تعجيل الزكاة . من كتاب الزكاة . سنن أبى داود ١/ ٣٧٦ . والنسائى ، فى : باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/ ٢٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٣٢٢ .

(٥) فى معالم السنن ٢/ ٥٣ .

(٦) فى م زيادة : « ما » .

(٧ - ٧) فى الأصل : « مركوب وسلاح » .

(٨) أخرجه أبو داود ، فى : باب العمرة ، من كتاب المناسك . سنن أبى داود ١/ ٤٥٩ .

(٩ - ٩) سقط من : الأصل .

فصل : قال أحمدُ ، رحمه الله ، فى رَجُلٍ له دارٌ فى الرَّبَضِ ، أو قَطِيعَةٌ ، فأرادَ التَّنَزُّهَ منها . قال : يَقِفُها . قال : القَطَائِعُ تَرْجِعُ إلى الأصْلِ إذا جَعَلَها لِلْمساكِينِ . فظاهِرُ هذا إباحَةُ وَقْفِ السَّوَادِ ، وهو فى الأصْلِ وَقْفٌ ؛ ومَعْنَاه أنّ وَقْفَها يُطَابِقُ الأصْلَ ؛ لا أنَّها تَصِيرُ بهذا القول وَقْفًا .

٩٢٩ – مسألة ؛ قال : (ويَصِحُّ وَقْفُ الْمُشَاعِ)

وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ . وقال محمدُ بن الحَسَنِ : لا يَصِحُّ . وبَنَاهُ على أصْلِه فى أنَّ القَبْضَ شَرْطٌ ، وأنَّ القَبْضَ لا يَصِحُّ فى المُشَاعِ . ولَنا ، أنَّ فى حَدِيثِ عمرَ أنَّه أصابَ مائةَ سَهْمٍ من خَيْبَر ، واسْتَأْذَنَ النبىَّ ﷺ فيها ، فأمَرَه بِوَقْفِها[1] . وهذا صِفَةُ المُشَاعِ ، ولأنَّه عَقْدٌ يجوزُ على بعضِ الجُمْلَةِ مُفْرَزًا[2] فجازَ عليه مُشَاعًا ، كالبَيْعِ ، أو عَرْصَةٍ يجوزُ بَيْعُها ، فجازَ وَقْفُها ، كالمُفْرَزَةِ[3] ، ولأنَّ الوَقْفَ تَحْبِيسُ الأصْلِ وتَسْبِيلُ المَنْفَعةِ ، وهذا يَحْصُلُ فى المُشَاعِ ، كحُصُولِه فى المُفْرَزِ[4] ، ولا نُسَلِّمُ اعْتِبارَ القَبْضِ ، وإن سَلَّمْنا ، فإذا صَحَّ فى البَيْعِ صَحَّ فى الوَقْفِ .

فصل : وإن وَقَفَ دَارَه على جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، مثل أن يَقِفَها على أوْلادِه وعلى / المَساكِينِ ، نِصْفَيْنِ ، أو أثْلاثًا ، أو كيفما كان ، جازَ . وسواءٌ جَعَلَ مَآلَ المَوْقُوفِ على أوْلادِه وعلى المَساكِينِ ، أو على جِهَةٍ أخرى سِوَاهُم ؛ لأنَّه إذا جازَ وَقْفُ الجُزْءِ مُفْرَدًا ، جازَ وَقْفُ الجُزْأَيْنِ . وإن أطْلَقَ الوَقْفَ ، فقال : أوْقَفْتُ دَارِى هذه على أوْلادِى ، وعلى المَساكِينِ . فهى بينهما نِصْفَيْنِ[5] ؛ لأن إطْلاقَ الإضافةِ إليهما

١٦٤/٥ و

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٤ .

(٢) فى الأصل : « مقررا » .

(٣) فى الأصل : « كالمقررة » .

(٤) فى الأصل : « المقرر » .

(٥) أى تقسم نصفين .

تَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ بين الجِهَتَيْنِ ، ولا تَتَحَقَّقُ التَّسْوِيَةُ إِلَّا بالتَّنْصِيفِ[٦] . وإن قال : وَقَفْتُها على زَيْدٍ وعمرٍو والمَساكِينِ . فهى بينهم أثْلاثًا .

فصل : فإن أُرِيدَ تَمْيِيزُ الوَقْفِ [٧]عن الطَّلْقِ[٧] بالقِسْمَةِ ، فذلك مَبْنِيٌّ على القِسْمَةِ ، هل هى بَيْعٌ أو إفْرازٌ[٨] حَقٌّ ؟ والصَّحِيحُ أنها إفْرازُ حَقٍّ ، فيُنْظَرُ ؛ فإن لم يكُنْ فيها رَدٌّ جازَتِ القِسْمَةُ . وإن كان فيها رَدٌّ من جانِبِ أصْحابِ الوَقْفِ ، جازَتْ أيضًا ؛ لأنَّه شِرَاءٌ لشىءٍ من الطَّلْق . وإن كان من صاحِبِ الطَّلْقِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه شِرَاءُ بعضِ الوَقْفِ ، وبَيْعُه غيرُ جائِزٍ . وإن كان المُشَاعُ وَقْفًا على جِهَتَيْنِ ، فأَرادَ أهْلُه قِسْمَتَه ، انْبَنَى على ما ذَكَرْنا ، ولم يَجُزْ فيما إذا كان فيها رَدٌّ بحال . ومتى جازَتِ القِسْمَةُ فى الوَقْفِ ، وطَلَبَها أحدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أو وَلِىُّ الوَقْفِ ، أُجْبِرَ الآخَرُ ؛ لأنَّ كلَّ قِسْمةٍ جازَتْ من غيرِ رَدٍّ ولا ضَرَرٍ ، فهى واجِبَةٌ .

٩٣٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوَقْفُ عَلَى مَعْرُوفٍ أوْ بِرٍّ ، فَهُوَ باطِلٌ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الوَقْفَ لا يَصِحُّ إلَّا على من يُعْرَفُ ، كوَلَدِه ، وأقارِبِه ، ورَجُلٍ مُعَيَّنٍ ، أو على بِرٍّ ، كبِناءِ المساجِدِ والقَناطِرِ ، وكُتُبِ الفِقْه والعِلْمِ والقُرْآنِ ، والمَقَابِرِ ، والسِّقَاياتِ وسَبِيلِ الله ، ولا يَصِحُّ على غيرِ مُعَيَّنٍ[١] ، كرَجُلٍ وامْرَأةٍ ؛ لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكٌ لِلْعَيْنِ أو لِلْمَنْفَعةِ ، فلا يَصِحُّ على غيرِ مُعَيَّنٍ ، كالبَيْعِ والإِجارَةِ ، ولا على مَعصِيَةٍ كبَيْتِ النَّارِ ، والبِيَعِ ، والكنائِسِ ، وكُتُبِ التَّوْراةِ والإِنْجيلِ ؛ لأنَّ ذلك مَعصِيةٌ ، فإنَّ هذه المَوَاضِعَ بُنِيَتْ لِلْكُفْرِ ، وهذه الكُتُبُ مُبَدَّلَةٌ مَنْسُوخَةٌ ، ولذلك غَضِبَ النبىُّ ﷺ حين رَأَى مع عمرَ صَحِيفَةً فيها شىءٌ من التَّوْراةِ ، وقال : « أَفِى شَكٍّ

---

(٦) فى النسخ : « بالتصنيف » .

(٧ ـ ٧) فى م : « المطلق » . وكلمة : « الطلق » وردت فيما يأتى فى م : « المطلق » .

(٨) فى م هنا وفيما يأتى : « إقرار » .

(١) من هنا إلى قوله : « غير معين » الآتى سقط من : الأصل .

أَنْتَ يَا ابْنَ الْخَطَّابِ ؟ أَلَمْ آتِ بِهَا بَيْضَاءَ نَقِيَّةً ؟ لَوْ كَانَ مُوسَى أَخِي حَيًّا مَا وَسِعَهُ إِلَّا اتِّبَاعِي »[٢] . ولولا أنَّ ذلك مَعْصِيَةٌ ما غَضِبَ منه . والوَقْفُ على قَنَادِيلِ البِيعَةِ وفُرُشِها ومن يَخْدِمُها ويَعْمُرُها ، كالوَقْفِ عليها ؛ لأنَّه يُرَادُ لِتَعْظِيمِها . وسواءٌ كان الواقِفُ مُسْلِمًا أو ذِمِّيًّا . قال أحمدُ ، فى نَصارَى وَقَفُوا على البِيعَةِ ضِيَاعًا كثيرةً ، وماتُوا ولهم أَبْنَاءٌ نَصَارَى ، فأسْلَمُوا/والضِّيَاعُ بِيَدِ النَّصَارَى : فلهم أخْذُهَا ، ولِلْمُسْلِمِينَ عَوْنُهم حتى يَسْتَخْرِجُوها من أيْدِيهم . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ وذلك لأنَّ ما لا يَصِحُّ من المُسْلِمِ الوَقْفُ عليه ، لا يَصِحُّ من الذِّمِّىِّ ، كالوَقْفِ على غيرِ مُعَيَّنٍ .

٥/١٦٤ ظ

فإن قيل : فقد قُلْتُم إنَّ أهْلَ الكِتَابِ إذا عَقَدُوا عُقُودًا فاسِدَةً ، وتَقَابَضُوا ، ثم أسْلَمُوا وتَرَافَعُوا إلينا ، لم نَنْقُضْ ما فَعَلوه ، فكيف أجَزْتُم الرُّجُوعَ فيما وَقَفُوه على كَنَائِسِهم ؟ قُلْنا : الوَقْفُ ليس بعَقْدِ مُعَاوَضةٍ ، وإنَّما هو إزَالَةٌ لِلْمِلْكِ فى المَوْقُوفِ على وَجْهِ القُرْبَةِ ، فإذا لم يَقَعْ صَحِيحًا ، لم يَزُلِ المِلْكُ ، فيَبْقَى بحالِه كالعِتْقِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، رَحِمه اللهُ ، فى نَصْرَانِىٍّ أشْهَدَ فى وَصِيَّته ، أنَّ غُلَامَه فلانًا يَخْدِمُ البِيعَةَ خَمْسَ سِنِين ، ثم هو حُرٌّ . ثم مات مَوْلَاه ، وخَدَمَ سَنَةً ، ثم أسْلَمَ ، ما عليه ؟ قال : هو حُرٌّ . ويَرْجِعُ على الغُلَامِ بأُجْرَةِ خِدْمَةِ مبلغ أرْبَع سِنِين . ورُوِىَ عنه ، قال : هو حُرٌّ ساعةَ ماتَ مَوْلَاه ؛ لأنَّ هذه مَعْصِيَةٌ . وهذه الرِّوَايةُ أصَحُّ وأوْفَقُ لأُصُوله . ويَحْتَمِلُ أنَّ قولَه : يَرْجِعُ عليه بخِدْمَتِه أرْبَعَ سِنِين . لم يَكُنْ لِصِحَّةِ الوَصِيَّةِ ، بل لأنَّه إنَّما أعْتَقَه بعِوَضٍ يَعْتَقِدَانِ صِحَّتَه ، فإذا تَعَذَّرَ العِوَضُ بإسْلَامِه ، كان عليه ما يَقُومُ مَقَامَه ، كما لو تَزَوَّجَ الذِّمِّىُّ ذِمِّيَّةً على ذلك ثم أسْلَم ؛ فإنَّه يَجِبُ عليه المَهْرُ ، كذا هٰهُنا يَجِبُ عليه العِوَضُ . والأوَّلُ أوْلَى .

فصل : ولا يَصِحُّ الوَقْفُ على مَنْ لا يَمْلِكُ ، كالعَبْدِ القِنِّ ، وأُمِّ الوَلَدِ ، والمُدَبَّرِ ، والمَيِّتِ ، والحَمْلِ ، والمَلَكِ والجِنِّ والشَّيَاطِينِ . قال أحمدُ ، فى مَن وَقَفَ على

---

(٢) أخرجه الدارمى ، فى : باب ما يتقى من تفسير حديث النبى ﷺ وقول غيره عند قوله ﷺ ، من المقدمة . سنن الدارمى ١/١١٥ ، ١١٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٣٨٧ .

مَمَالِيكِه : لا يَصِحُّ الوَقْفُ حتى يَعْتِقَهُم . وذلك لأنَّ الوَقْفَ تَمْلِيكٌ ، فلا يَصِحُّ على مَن لا يَمْلِكُ . فإن قيل : قد جوَّزْتُم الوَقْفَ على المسَاجِدِ والسِّقَايَاتِ وأشْباهِها ، وهى لا تَمْلِكُ . قُلْنا : الوَقْفُ هناك على المُسْلِمِينَ ، إلَّا أنَّه عُيِّنَ فى نَفْعٍ خاصٍّ لهم . فإن قيل : فيَنْبَغِى أن يَصِحَّ الوَقْفُ على الكَنائِسِ ، ويكونُ الوَقْفُ على أهْلِ الذِّمَّةِ . قُلْنا : الجِهَةُ التى عُيِّنَ صَرْفُ الوَقْفِ فيها ليست نَفْعًا ، بل هى مَعْصِيَةٌ مُحَرَّمَةٌ ، يُزَادُونَ[٣] بها عِقَابًا وإثْمًا ، بخِلَافِ المساجِد . ولا يَصِحُّ الوَقْفُ على العَبْدِ ، وإن قُلْنا : إنّه يَمْلِكُ بالتَّمليكِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ يَقْتَضِى تَحْبِيسَ الأصْلِ ، والعَبْدُ لا يَمْلِكُ مِلْكًا لازِمًا . ولا يَصِحُّ الوَقْفُ على المُكَاتَبِ ، وإن كان يَمْلِكُ ؛ لأنَّ مِلْكَهُ غيرُ مُسْتَقِرٍّ . ولا على مُرْتَدٍّ ، ولا على[٤] حَرْبِىٍّ ؛ لأنَّ أمْوَالَهم مُبَاحَةٌ فى الأصْلِ / ، ويجوزُ أخْذُها منهم بالقَهْرِ والغَلَبَةِ ، فما يَتَجَدَّدُ لهم أوْلَى ، والوَقْفُ لا يجوزُ أن يكونَ مُبَاحَ الأخْذِ ؛ لأنّه تَحْبِيسُ الأصْلِ .

١٦٥/٥ و

فصل : ويَصِحُّ الوَقْفُ على أهْلِ الذِّمَّةِ ؛ لأنَّهم يَمْلِكُونَ مِلْكًا مُحْتَرَمًا ، ويجوزُ أن يتَصَدَّقَ عليهم ، فجازَ الوَقْفُ عليهم ، كالمُسْلِمِينَ . ويجوزُ أن يَقِفَ المُسْلِمُ عليه ، لما رُوِىَ أنَّ صَفِيَّةَ بنتَ حُيَىٍّ زَوْجَ النبىِّ ﷺ ، وَقَفَتْ على أخٍ لها يَهُودِىٍّ[٥] ، ولأنَّ مَن جازَ أن يَقِفَ الذِّمِّىُّ عليه ، جازَ أن يَقِفَ عليه المُسْلِمُ ، كالمُسْلِمِ . ولو وَقَفَ على من يَنْزِلُ كَنَائِسَهم وبِيَعَهُم من المارَّةِ والمُجْتَازِينَ ، صَحَّ أيضًا ؛ لأنَّ الوَقْفَ عليهم لا على المَوْضِعِ .

فصل : ويُنْظَرُ فى الوَقْفِ مَنْ شَرَطَهُ الوَاقِفُ ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه جَعَلَ وَقْفَه إلى حَفْصَةَ تَلِيه ما عاشَتْ ، ثم إلى ذَوِى الرَّأْىِ من أهْلِها[٦] . ولأنَّ مَصْرِفَ الوَقْفِ يُتْبَعُ

---

(٣) فى الأصل : « يزدادون » .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب عطية المسلم الكافر ووصيته له ، من كتاب أهل الكتاب . وفى : باب الميراث لا يقسم حتى يسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ٣٣/٦ ، ٣٤٩/١٠ . وسعيد ، فى : باب وصية الصبى ، من كتاب الوصايا . السنن ١٢٨/١ . والبيهقى ، فى : باب الوصية للكفار ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨١/٦ .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٨٤ .

فيه شَرْطُ الواقِفِ ، فكذلك النّاظِرُ فيه . فإن جَعَلَ النَّظَرَ لِنَفْسِه جازَ ، وإن جَعَلَهُ إلى غيرِه فهو له ، فإن لم يَجْعَلْه لأحدٍ[7] ، أو جَعَلَهُ لإنْسانٍ فماتَ ، نَظَرَ فيه المَوْقُوفُ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه ونَفْعُه له ، فكان نَظَرُه إليه كَمِلْكِه المُطْلَقِ . ويَحْتَمِلُ أن يَنْظُرَ فيه الحاكِمُ . اخْتارَه ابنُ أبى موسى . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الوَجْهانِ مَبْنِيَّيْنِ على أنَّ المِلْكَ هل يَنْتَقِلُ فيه إلى المَوْقُوفِ عليه ، أو إلى اللهِ تعالى ؟ فإن قُلْنا : هو لِلْمَوْقُوفِ عليه . فالنَّظَرُ فيه إليه ؛ لأنَّه مِلْكُه ، عَيْنُه ونَفْعُه . وإن قُلْنا : هو للهِ . فالحاكِمُ يَنُوبُ فيه ، ويَصْرِفُه إلى مَصَارِفِه[8] ؛ لأنَّه مالُ اللهِ ، فكان النَّظَرُ فيه إلى حاكِمِ المُسْلِمينَ ، كالوَقْفِ على المَساكِينِ . وأما الوَقْفُ على المَساكِينِ والمسَاجِدِ ونحوِها ، أو على مَنْ لا يُمْكِنُ حَصْرُهُم واسْتِيعَابُهُم ، فالنَّظَرُ فيه إلى الحاكِمِ ؛ لأنَّه ليس له مالِكٌ مُتَعَيِّنٌ يَنْظُرُ فيه . وله أن يَسْتَنِيبَ فيه ؛ لأنَّ الحاكِمَ لا يُمْكِنُه تَوَلِّى النَّظَرَ بنَفْسِه . ومتى كان النَّظَرُ لِلْمَوْقُوفِ عليه ، إمَّا بِجَعْلِ الواقِفِ ذلك له ، أو لِكَوْنِه أحَقَّ بذلك عندَ عَدَمِ ناظِرٍ سِواهُ ، وكان واحِدًا مُكَلَّفًا[9] رَشِيدًا ، فهو أحَقُّ بذلك ، رَجُلًا كان أو امْرأةً ، عَدْلًا كان أو فاسِقًا ؛ لأنَّه يَنْظُرُ لِنَفْسِه ، فكان له ذلك فى هذه الأحْوالِ ، كالطَّلْقِ . ويَحْتَمِلُ أن يُضَمَّ إلى الفاسِقِ أمِينٌ ، حِفْظًا لأصْلِ الوَقْفِ عن البَيْعِ أو التَّضْيِيعِ . وإن كان الوَقْفُ لجَماعةٍ رَشِيدِينَ ، فالنَّظَرُ لِلْجَمِيعِ ، لكلِّ إنْسانٍ فى نَصِيبِه . وإن كان المَوْقُوفُ عليه غيرَ رَشِيدٍ ، إما لِصِغَرٍ ، أو سَفَهٍ ، أو جُنُونٍ / ، قام وَلِيُّه فى النَّظَرِ مَقَامَه ، كما يَقُومُ مَقَامَه فى مالِه الطَّلْقِ[10] . وإن كان النَّظَرُ لغيرِ المَوْقُوفِ عليه ، أو لبعضِ المَوْقُوفِ عليه ، بِتَوْلِيَةِ الواقِفِ أو الحاكِمِ . لم يَجُزْ أن يكونَ إلَّا أمِينًا ، فإن لم يكنْ أمِينًا ، وكانت تَوْلِيَتُه من الحاكِمِ ، لم تَصِحَّ . وأُزِيلَتْ يَدُه . وإن وَلَّاهُ الواقِفُ وهو فاسِقٌ ، أو وَلَّاهُ وهو

١٦٥/٥ ظ

---

(٧) فى الأصل : « إلى أحد » .

(٨) فى الأصل : « مصارف المسلمين » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى م : « المطلق » .

عَدْلٌ وصارَ فاسِقًا ، ضُمَّ إليه أمِينٌ يَنْحَفِظُ به الوَقْفُ ، ولم تَزُلْ يَدُه ؛ لأنَّه أمْكَنَ الجَمْعُ بين الحَقَّيْنِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ تَوْلِيَتُه ، وأنه يَنْعزِلُ إذا فَسَقَ فى أثناء وِلَايتِه ؛ لأنَّها وِلَايةٌ على حَقِّ غيرِه ، فنَافاهَا الفِسْقُ ، كالو وَلَّاهُ الحاكِمُ ، وكالو لم يُمْكِنْ حِفْظُ الوَقْفِ منه مع بَقاءِ وِلَايتِه [11]على حَقِّ غيره[11] ، فإنَّه متى لم يُمْكِنْ حِفْظُه منه أُزِيلَتْ وِلَايتُه ، فإنَّ مُرَاعاةَ حِفْظِ الوَقْفِ أَهَمُّ من إبْقاءِ وِلَايةِ الفاسِقِ عليه .

فصل : ونَفَقَةُ الوَقْفِ من حيثُ شَرَطَ الواقِفُ ؛ لأنَّه لمَّا اتُّبِعَ شَرْطُهُ فى تَسْبِيلِه[12] ، وَجَبَ اتِّبَاعُ شَرْطِه فى نَفَقَتِه . فإن لم يُمْكِنْ فمِن غَلَّتِه ؛ لأنَّ الوَقْفَ اقْتَضَى تَحْبِيسَ أصْلِه وتَسْبِيلَ نَفْعِه ، ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بالإنْفَاقِ عليه ، فكان ذلك من ضَرُورَتِه . وإن تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُ الحَيَوانِ المَوْقُوفِ ، فنَفَقَتُه على المَوْقُوفِ عليه ؛ لأنَّه مِلْكُه . ويَحْتَمِلُ وُجُوبَها فى بَيْتِ المالِ . ويجوزُ بَيْعُه ، على ما سَلَفَ بَيَانُه .

(11 - 11) سقط من : الأصل .

(12) فى الأصل : « مسله » . وفى م : « سبيله » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

كتابُ الهِبَةِ والعَطِيَّةِ[1]

٩٣١ – مسألة ؛ قال : (وَلَا تَصِحُّ الهِبَةُ والصَّدَقَةُ فِيمَا يُكَالُ أوْ يُوزَنُ إلَّا بِقَبْضِهِ)

وجملةُ ذلك أنَّ الهِبَةَ والصَّدَقَةَ والهَدِيَّةَ والعَطِيَّةَ مَعَانِيها مُتَقارِبَةٌ ، وكلُّها تَمْلِيكٌ فى الحَياةِ بغيرِ عِوَضٍ ، واسْمُ العَطِيّةِ شامِلٌ لِجَمِيعِها ، وكذلك الهِبَةُ . والصَّدَقَةُ والهَدِيَّةُ مُتَغَايِرَان ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ كان يَأْكُلُ الهَدِيَّةَ ، ولا يَأْكُلُ الصَّدَقَةَ[2] . وقال فى اللَّحْمِ الذى تُصُدِّقَ به على بَرِيرَة : « هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، ولَنَا هَدِيَّةٌ »[3] . فالظاهِرُ أن من أعْطَى شَيْئًا (٤يَنْوِى به التَّقَرُّب٤) إلى اللهِ تعالى لِلْمُحْتاجِ ، فهو صَدَقَةٌ . ومن دَفَعَ

---

(١) لم يرد هذا العنوان فى : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى الصدقة للنبى ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب قبول الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ١٥٧/٢ ، ٢٠٣/٣ . ومسلم ، فى : باب قبول النبى الهدية ورده للصدقة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٧٥٦/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الصدقة للنبى ﷺ وأهل بيته ومواليه ، من كتاب أبواب الزكاة . عارضة الأحوذى ١٥٧/٣ . والنسائى ، فى : باب الصدقة لا تحل للنبى ﷺ ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨١/٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٢/٢ ، ٣٠٥ ، ٣٣٨ ، ٤٠٦ ، ٤٩٢ ، ٤٩٠/٣ .

وانظر ما تقدم تخريجه فى حاشية ١١٥/٤ .

(٣) تقدم تخريجه فى : ١١٦/٤ .

(٤ – ٤) فى م : « يتقرب به » .

إلى إنْسانٍ شيئًا لِلتَّقرُّبِ إليه ، والمَحَبَّةِ له ، فهو هَدِيّةٌ . وجَمِيعُ ذلك مَنْدُوبٌ إليه ، ومَحْثُوثٌ عليه[5] ؛ فإن النبيَّ ﷺ قال : « تَهادُوا تَحابُّوا »[6] . وأمَّا الصَّدَقَةُ ، فما وَرَدَ فى فَضْلِها أكْثَرُ من أن يُمْكِنَنا حَصْرُه ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ إنْ تُبْدُوا ٱلصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِىَ وَإنْ تُخْفُوهَا وتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ويُكَفِّرُ عَنْكُم مِنْ سَيِّئَاتِكُمْ ﴾[7] . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن المَكِيلَ والمَوْزُونَ لا تَلْزَمُ فيه الصَّدَقَةُ والهِبَةُ إلَّا بالقَبْضِ . وهو قولُ أكْثَرِ الفُقَهاءِ منهم ؛ النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والحَسَنُ بن صالِحٍ ، وأبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . وقال /مالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ : يَلْزَمُ ذلك بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ لِعُمُومِ قوله عليه السَّلامُ : « الْعائِدُ فِى هِبَتِه ، كَالْعائِدِ فى قَيْئِه »[8] . ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ بغيرِ

١٦٦/٥ و

---

(٥) فى م : « إليه » .

(٦) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المهاجرة ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٨/٢ . والبيهقى ، فى : باب التحريض على الهبة والهدية ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٦٩/٦ .

(٧) سورة البقرة ٢٧١ .

(٨) تقدم تخريجه فى : ١٠٤/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب هل يشترى صدقته ... ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفى : باب إذا حمل على فرس فرآها تباع ، من كتاب الجهاد . صحيح البخارى ١٥٧/٢ ، ٢١٥/٣ ، ٧١/٤ . ومسلم ، فى : باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ... ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٣٩/٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب البيوع ، وباب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٣٠١/٥ ، ٢٩٣/٨ . والنسائى ، فى : باب شراء الصدقة ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٨٢/٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٧/٢ والإمام مالك ، فى : باب شراء الصدقة والعود فيها ، من كتاب الزكاة . الموطأ ٢٨٢/١ .

عِوَضٍ ، فلَزِمَ بِمُجَرَّدِ العَقْدِ ، كالوَقْفِ والعِتْقِ . وربما قالوا : تَبَرُّعٌ ، فلا يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ ، كالوَصِيَّةِ والوَقْفِ . ولأنَّه عَقْدٌ لازِمٌ يَنْقُلُ المِلْكَ ، فلم يَقِفْ لُزُومُه على القَبْضِ كالبَيْعِ . ولَنا ، إجْماعُ الصَّحابةِ رَضِىَ اللهُ عنهم ، فإنَّ ما قُلْناه مَرْوِىٌّ عن أبى بكرٍ وعمرَ رَضِىَ اللهُ عنهما ، ولم يُعْرَفْ لهما فى الصَّحَابةِ مُخَالِفٌ ، فَرَوى عُرْوَةُ ، عن عائِشَةَ رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، نَحَلَها جِذاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا من مالِه بالعَالِيَةِ . فلما مَرِضَ ، قال : يا بُنَيَّة ، ما أحَدٌ أحَبُّ إلىَّ غِنًى بَعْدِى مِنْكِ ، ولا أحَدٌ أعَزُّ علىَّ فَقْرًا منكِ ، وكنتُ نَحَلْتُكِ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا ، ووَدَدْتُ أنَّكِ حُزْتِيه أو قَبَضْتِيه ، وهو اليومَ مالُ الوارِثِ أخَوَاكِ وأُخْتَاكِ ، فاقْتَسِمُوا على كِتابِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ[(٩)] . ورَوَى ابنُ عُيَيْنَةَ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن عُرْوَةَ ، عن عبدِ الرَّحْمنِ بن عبدٍ القارِىِّ ، أن عمرَ بن الخَطَّابِ ، قال : ما بالُ أقْوامٍ يَنْحَلُونَ أوْلَادَهُم ، فإذا ماتَ أحَدُهُم ، قال : مالِى ، وفى يَدِى . وإذا ماتَ هو[(١٠)] ، قال : قد[(١٠)] كنتُ نَحَلْتُه وَلَدِى . لا نِحْلَةَ إلَّا نِحْلَةٌ يحوزُها[(١١)] الوَلَدُ دُونَ الوالِدِ ، فإن ماتَ وَرِثَهُ . ورَوَى عُثْمانُ أن الوالِدَ يَحُوزُ[(١٢)] لِوَلَدِه إذا كانوا صِغَارًا . قال المَرُّوذِىُّ : اتَّفَقَ أبو بكرٍ وعمرُ وعُثْمانُ وعَلِىٌّ ، أنَّ الهِبَةَ لا تجوزُ إلَّا مَقْبُوضَةً . ولأنَّها هِبَةٌ غيرُ مَقْبُوضَةٍ ، فلم تَلْزَمْ ، كما لو ماتَ قبلَ أن يَقْبِضَ ، فإنَّ مالِكًا يقول : لا يَلْزَمُ الوَرَثَةَ التَّسْلِيمُ ، والخَبَرُ مَحْمولٌ على المَقْبُوضِ ، ولا يَصِحُّ القِيَاسُ على الوَقْفِ والوَصِيَّةِ والعِتْقِ ؛ لأنَّ الوَقْفَ إخْرَاجُ مِلْكٍ إلى اللهِ تعالى ، فخَالَفَ التَّمْليكاتِ ، والوَصِيَّةُ تَلْزَمُ فى حَقِّ الوارِثِ ، والعِتْقُ إسْقاطُ حَقٍّ وليس بتَمْلِيكٍ ، ولأنَّ الوَقْفَ والعِتْقَ لا يكونُ فى مَحَلِّ النِّزاعِ فى المَكِيلِ والمَوْزُونِ .

فصل : وقولُ الخِرَقِىِّ : « لا يَصِحُّ » . يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ لا يَلْزَمُ . ويَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ

---

(٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٦ .

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى م : « يحرزها » .

(١٢) فى م : « يحرز » .

لا يَثْبُتُ بها المِلْكُ قبلَ القَبْضِ ، فإنَّ حُكْمَ[13] المِلْكِ حُكْمُ الهِبَةِ ، والصِّحَّةُ اعْتِبارُ الشىءِ فى حَقِّ حُكْمِه . وأما الصِّحَّةُ[14] بمَعْنَى انْعِقادِ اللَّفْظِ بحيثُ إذا انْضَمَّ إليه القَبْضُ اعْتُبِرَ وثَبَتَ[15] حُكْمُه ، فلا يَصِحُّ حَمْلُ لَفْظِه على نَفْيِه ، لِعَدَمِ الخِلَافِ فيه ، ولأنَّه قال فى سِيَاقِ المَسْأَلةِ : « كما يَصِحُّ فى البَيْعِ » . وقد تَقَرَّرَ فى البَيْعِ أنَّ بَيْعَ المَكِيلِ والمَوْزُونِ صَحِيحٌ قبلَ القَبْضِ ، وإنَّما يَنْتَفِى الضَّمَانُ وإطْلَاقُه فى التَّصرُّفاتِ . / ١٦٦/٥ ظ

وقوله : « ما يُكَالُ وما يُوزَنُ » ظاهِرُه العُمُومُ فى كلِّ مَوْزُونٍ ومَكِيلٍ ، وخَصَّهُ أصْحَابُنا المتأخِّرُونَ بما ليس بمُتَعَيِّنٍ فيه ، كالقَفِيزِ من صُبْرةٍ ، والرِّطْلِ من زُبْرَةٍ . وقد ذَكَرْنا ذلك فى البَيْعِ ، ورَجَّحْنَا العُمُومَ .

فصل : والواهِبُ بالخِيَارِ قبلَ القَبْضِ ، إن شاءَ أَقْبَضَها وأمْضَاهَا ، وإن شاءَ رَجَعَ فيها ومَنَعَها . ولا يَصِحُّ قَبْضُها إلَّا بإذْنِه ، فإن قَبَضَها المَوْهُوبُ له بغيرِ إذْنِه لم تَتِمَّ الهِبَةُ ، ولم يَصِحَّ القَبْضُ . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ أنَّه إذا قَبَضَها فى المَجْلِسِ صَحَّ ، وإن لم يَأْذَنْ له ؛ لأنَّ الهِبَةَ قامَتْ مَقَامَ الإذْنِ فى القَبْضِ ، لِكَوْنِها دَالَّةً على رِضَاهُ بالتَّمليكِ الذى لا يَتِمُّ إلَّا بالقَبْضِ . ولَنا ، أنَّه قَبَضَ الهِبةَ بغيرِ إذْنِ الواهِبِ ، فلم يَصِحَّ ، كما بعدَ المَجْلِسِ ، أو كما لو نَهَاهُ عن قَبْضِها ، ولأنَّ[16] التَّسْلِيمَ غيرُ مُسْتَحَقٍّ على الواهِبِ ، فلا يَصِحُّ التَّسْلِيمُ إلَّا بإذْنِه ، كما لو أخَذَ المُشْتَرِى المَبِيعَ من البائِعِ قبلَ تَسْلِيمِ ثَمَنِه . ولا يَصِحُّ جَعْلُ الهِبَةِ إذْنًا فى القَبْضِ ، بدَلِيلِ ما بعدَ المَجْلِسِ . ولو أذِنَ الواهِبُ فى القَبْضِ ، ثم رَجَعَ عن الإذْنِ ، أو رَجَعَ فى الهِبَةِ ، صَحَّ رُجُوعُه ؛ لأنَّ ذلك ليس بقَبْضٍ ، وإن رَجَعَ بعد القَبْضِ ، لم يَنْفَعْ رُجُوعُه ؛ لأنَّ الهِبَةَ تَمَّتْ .

---

(١٣) سقط من : م .

(١٤) فى م : « صحته » .

(١٥) فى م : « ويثبت » .

(١٦) فى الأصل : « وليس » .

فصل : وإذا ماتَ الواهِبُ أو المَوْهُوبُ له قَبْلَ القَبْضِ ، بَطَلَتِ الهِبَةُ ، سواءٌ كان قَبْلَ الإِذْنِ فى القَبْضِ أو بعدَه . ذَكَرَه القاضى فى مَوْتِ الواهِبِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ جائِزٌ ، فبَطَلَ بمَوْتِ أحدِ المُتعاقِدَيْنِ ، كالوَكالَةِ والشَّرِكَةِ . وقال أحمدُ ، فى رِوايةِ أبى طالِبٍ ، وأبى الحارِثِ ، فى رَجُلٍ أهْدَى هَدِيَّةً فلم تَصِلْ إلى المُهْدَى إليه ، حتى ماتَ ؛ فإنَّها تَعُودُ إلى صاحِبِها ما لم يَقْبِضْها . ورَوَى[17] بإسْنادِه عن أُمِّ كلْثُوم بِنْت أبى[18] سَلَمةَ ، قالت : لمَّا تَزَوَّجَ رسولُ اللهِ ﷺ أُمَّ سَلَمَةَ ، قال لها : « إنِّى قَدْ أَهْدَيْتُ إلَى النَّجَاشِىِّ حُلَّةً وأَوَاقِىَّ مِسْكٍ ، ولَا أرَى النَّجَاشِىَّ إلَّا قَدْ مَاتَ ، ولَا أرَى هَدِيَّتِى إلَّا[18] مَرْدُودَةً عَلَىَّ ، فإنْ رُدَّتْ فَهِىَ لَكِ » . قالتْ : فكان ما قال رسولُ اللهِ ﷺ ، ورُدَّتْ عليه هَدِيَّته ، فأعْطَى كلَّ امْرَأةٍ من نِسَائِه أُوقِيَّةً من مِسْكٍ ، وأعْطَى أُمَّ سَلَمةَ بَقِيَّةَ المِسْكِ والحُلَّةَ . وإن ماتَ صاحِبُ الهَدِيَّةِ قبلَ أن تَصِلَ إلى المُهْدَى إليه ، رَجَعَتْ إلى وَرَثَةِ[19] المُهْدِى ، وليس لِلرَّسُولِ حَمْلُها إلى المُهْدَى إليه ، إلَّا أن يَأْذَنَ له الوارِثُ . ولو رَجَعَ المُهْدِى فى هَدِيَّتِه قبلَ وُصُولِها إلى المُهْدَى إليه ، صَحَّ رُجُوعُه فيها ، والهِبَةُ كالهَدِيَّةِ . وقال أبو الخَطَّابِ : إذا ماتَ الواهِبُ ، قامَ وارِثُه مَقَامَه / فى الإِذْنِ فى القَبْضِ والفَسْخِ . وهذا[20] يَدُلُّ على أنّ الهِبَةَ لا تَنْفَسِخُ بمَوْتِه . وهذا قولُ أكْثَرِ أصْحابِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ مَآلُه إلى اللُّزُومِ ، فلم يَنْفَسِخْ بالمَوتِ كالبَيْعِ[19] المَشْرُوطِ فيه الخِيَارُ . وكذلك يُخَرَّجُ فيما إذا ماتَ المَوْهُوبُ له بعدَ قَبُولِه . وإن ماتَ أحَدُهما قبلَ القَبُولِ ، أو ما يَقُومُ مَقَامَه ، بَطَلَتْ ، وَجْهًا واحدًا ؛ لأنَّ العَقْدَ لم يَتِمَّ ، فأشْبَهَ ما لو أوْجَبَ البَيْعَ ، فماتَ أحَدُهما قبلَ القَبُولِ من المُشْتَرِى . وإذا قُلْنا : إنَّ الهِبَةَ لا تَبْطُلُ .

١٦٧/٥ و

(١٧) المسند ٦/٤٠٤ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) فى م زيادة : « ما » .

فماتَ أحَدُهُما بعدَ الإذْنِ فى القَبْضِ ، بَطَلَ الإذْنُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّ المَيِّتَ إن كان هو الواهِبَ فقد انْتَقَلَ حَقُّه فى الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ إلى وارِثِه ، فلم يَلْزَمْ بغيرِ إذْنِه . وإن كان المَوْهُوبَ له ، فلم يُوجَد الإذْنُ لِوَارِثِه ، فلم يَمْلِكِ القَبْضَ بغيرِ إذْنٍ .

فصل : وإن وَهَبَه شيئًا فى يَدِ المُتَّهِبِ ، كوَدِيعَةٍ ، أو مَغْصُوبٍ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّ الهِبةَ تَلْزَمُ من غيرِ قَبْضٍ ، ولا مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى القَبْضُ فيها ؛ فإنَّه قال فى رِوَايةِ ابنِ منصورٍ : إذا وَهَبَ لِامْرَأتِه شيئًا ولم تَقْبِضْه ، فليس بينه وبينها خِيَارٌ ، هى معه فى البَيْتِ . فظاهِرُ هذا أنَّه لم يَعْتَبِرْ قَبْضًا ، ولا مُضِىَّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى فيها ، لكَوْنِها معه فى البَيْتِ ، فيَدُها على ما فيه . وقال القاضى : لابُدَّ من مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى فيها القَبْضُ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، رِوَايةٌ أُخْرى ، أنَّه يَفْتَقِرُ إلى إذْنٍ فى القَبْضِ . وقد مَضَى تَعْلِيلُ ذلك وتَفْصِيلُه فى الرَّهْنِ . ومذهبُ الشافِعِىِّ كمَذْهَبِنا ، فى الاخْتِلَافِ فى اعْتِبارِ الإذْنِ ، واعْتِبارِ مُضِىِّ مُدَّةٍ يَتَأَتَّى القَبْضُ فيها .

٩٣٢ - مسألة ؛ قال : (**وَيَصِحُّ فِى غَيْرِ ذٰلِكَ بِغَيْرِ قَبْضٍ ، إذَا قَبِلَ ، كَمَا يَصِحُّ فِى الْبَيْعِ**)

يعنى أنَّ غيرَ المَكِيلِ والمَوْزُونِ تَلْزَمُ الهِبَةُ فيه بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، ويَثْبُتُ المِلْكُ فى المَوْهُوبِ قبلَ قَبْضِه . ورُوِى ذلك عن علىٍّ وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما (١فإنَّه يُرْوَى عنهما١) أنَّهما قالا : الهِبَةُ جائِزَةٌ إذا كانت مَعْلُومةً ، قُبِضَتْ أو لم تُقْبَضْ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وعن أحمدَ ، رِوَايةٌ أخرى : لا تَلْزَمُ الهِبَةُ فى الجَمِيعِ إلَّا بالقَبْضِ . وهو قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . قال المَرُّوذِىُّ : اتَّفَقَ أبو بكرٍ وعمرُ وعثمانُ وعلىٌّ ، على أنَّ الهِبَةَ لا تجوزُ إلَّا مَقْبُوضَةً . ويُرْوَى ذلك عن النَّخَعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والحَسَنِ بن صالحٍ ، والعَنْبَرِىِّ ، والشافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، لما ذَكَرْنا فى المَسْأَلةِ

(١ - ١) سقط من : م .

الأُولى . ووَجْهُ الرِّوَايةِ الأُولى ، أنَّ الهِبَةَ أحَدُ نَوْعَيِ التَّمليكِ ، فكان منها ما لا يَلْزَمُ قبلَ القَبْضِ ، / ومنها ما يَلْزَمُ قبلَه ، كالبَيْعِ ، فإن منه[2] ما لا يَلْزَمُ قبلَ القَبْضِ ، وهو الصَّرْفُ ، وبَيْعُ الرِّبَوِيَّاتِ ، ومنه ما يَلْزَمُ قبلَه ، وهو ما عدا ذلك . فأمَّا حَدِيثُ أبى بكرٍ[3] ، فلا يَلْزَمُ ، فإنَّ جِذَاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا ، يَحْتَمِلُ أنه أرَادَ به عِشْرِينَ وَسْقًا مَجْذُوذَةً ، فيكون مَكِيلًا ، غيرَ مُعَيَّنٍ ، وهذا لابُدَّ فيه من القَبْضِ . وإن أرَادَ نَخْلًا يُجَذُّ عِشْرِينَ وَسْقًا ، فهو أيضا غيرُ مُعَيَّنٍ ولا تَصِحُّ الهِبَةُ[4] فيه قبلَ تَعْيِينِه ، فيكونُ مَعْناه : وَعَدْتُك بالنِّحْلَةِ . وقول عمرَ[5] أرَادَ به النَّهْىَ عن التَّحَيُّلِ بِنِحْلَةِ الوالِدِ وَلَدَه نِحْلَةً مَوْقُوفةً على المَوْتِ ، فيُظْهِرُ : إنِّى نَحَلْتُ وَلَدِى شَيْئًا . ويُمْسِكُه فى يَدِه ويَسْتَغِلُّه ، فإذا ماتَ أخَذَه وَلَدُه بحُكْمِ النِّحْلَةِ التى أظْهَرَها ، وإن ماتَ ولدُه أمْسَكَه ، و لم يُعْطِ وَرَثَةَ وَلَدِه شيئًا . وهذا على هذا الوَجْهِ مُحَرَّمٌ ، فنَهاهُم عن هذا حتى يَحُوزَها الوَلَدُ دون والِدِه ، فإن ماتَ وَرِثَها وَرَثَتُه ، كسائِرِ مالِه . وإذا كان المَقْصُودُ هذا اخْتَصَّ بهِبَةِ الوَلَدِ [6]دُونَ والِدِه[6] ، وشِبْهِه ، على أنَّه قد رُوِىَ عن علىٍّ وابنِ مسعودٍ خِلَافُ ذلك ، فتَعَارَضَتْ أقْوالُهم .

ظ ١٦٧/٥

فصل : قولُ الخِرَقِىِّ : « إذا قَبِلَ » يَدُلُّ على أنَّه إنَّما يُسْتَغْنَى عن القَبْضِ فى مَوْضِعٍ وُجِدَ فيه الإِيجابُ والقَبُولُ . والإِيجابُ أن يقولَ : وَهَبْتُكَ ، أو أهْدَيْتُ إليك ، أو أعْطَيْتُكَ ، أو هذا لك . ونحوه من الألْفاظِ الدَّالَّةِ على هذا المَعْنَى . والقَبُولُ أن يقولَ : قَبِلْتُ ، أو رَضِيتُ ، أو نحو هذا . وذَكَرَ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، أنَّ الهِبَةَ والعَطِيَّةَ لا تَصِحُّ كلُّها إلَّا بإيجابٍ وقَبُولٍ ، ولابُدَّ منهما ، سواءٌ وُجِدَ القَبْضُ أو لم يُوجَدْ . وهذا

---

(٢) فى م : « فيه » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٦ .

(٤) فى الأصل : « القبض » .

(٥) تقدم فى صفحة ٢٠٦ .

(٦ - ٦) سقط من : م .

قولُ أكْثَر أصْحابِ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّه عَقْدُ تَمْلِيكٍ ، فافْتَقَرَ إلى الإيجَابِ والقَبُولِ ، كالنِّكَاحِ . والصَّحِيحُ أنَّ المُعاطَاةَ والأفْعالَ الدَّالَّةَ على الإيجَابِ والقَبُولِ كافِيَةٌ ، ولا يُحْتَاجُ إلى لَفْظٍ . وهذا اخْتِيَارُ ابنِ عقيلٍ ؛ فإنَّ النبيَّ ﷺ كان يُهْدِى ويُهْدَى إليه ، ويُعْطِى ويُعْطَى ، ويُفرِّقُ الصَّدَقاتِ ، ويأْمُرُ سُعاتَه بتَفْرِيقِها وأخْذِها ، وكان أصْحَابُه يَفعَلُونَ ذلك ، ولم يُنْقَلْ عنهم فى ذلك إيجابٌ ولا قَبُولٌ ، ولا أُمِرَ به ولا تَعْلِيمُهُ لأحدٍ ، ولو كان ذلك شَرْطًا لَنُقِلَ عنهم نَقْلًا مُشْتَهَرًا[7] ، وكان ابنُ عمَرَ على بَعِيرٍ لِعمرَ ، فقال النبىُّ ﷺ لِعمرَ : « بِعْنِيهِ » . فقال : هو لك يا رسولَ الله . فقال رسولُ الله ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللهِ بْنَ عُمَرَ ، فَاصْنَعْ بِهِ ما شِئْتَ »[8] . ولم يُنْقَلْ قَبُولُ النبىِّ ﷺ من عمرَ ، ولا قَبُولُ ابنِ عمرَ من النبىِّ ﷺ ، /ولو كان شَرْطًا لفَعَلَهُ النبىُّ ﷺ ، وعَلِمَهُ ابنُ عمرَ ، ولم يكُنْ لِيأْمُرَهُ أن يَصْنَعَ به ما شاءَ قبلَ أن يَقْبَلَهُ . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ النبىَّ ﷺ كان إذا أُتِىَ بِطَعَامٍ سَأَلَ عنه ، فإن قالوا : صَدَقَةٌ . قال لأصْحابِه : « كُلُوا » . ولم يَأْكُلْ ، وإن قالوا : هَدِيَّةٌ . ضَرَبَ بِيَدِه ، فأكَلَ معهم[9] . ولا خِلَافَ بين العُلَماءِ ، فيما عَلِمْنَاهُ ، فى أنَّ تَقْدِيمَ الطَّعَامِ بين يَدَيِ الضِّيفَانِ إذْنٌ فى الأَكْلِ ، وأنَّه لا يَحْتَاجُ إلى قَبُولٍ بقَوْلِه . ولأنَّه وُجِدَ ما يَدُلُّ على التَّراضِى بِنَقْلِ المِلْكِ ، فاكْتُفِىَ به ، كما لو وُجِدَ الإيجَابُ والقَبُولُ . قال ابنُ عَقِيلٍ : إنَّما يُشْتَرَطُ الإيجابُ والقَبُولُ مع الإطْلاقِ ، وعَدَمِ العُرْفِ القائِمِ بين المُعْطِى والمُعْطَى ؛ لأنَّه إذا لم يَكُنْ عُرْفٌ يَدُلُّ على الرِّضَا ، فلا بُدَّ من قَوْلٍ دَالٍّ عليه ، أمَّا مع قَرَائِنِ الأحْوالِ والدَّلَائِلِ[10] ، فلا وَجْهَ لِتَوَقُّفِه[11] على اللَّفْظِ ، ألَا تَرَى أنَّا اكْتَفَيْنا بالمُعَاطاةِ فى البَيْعِ ، واكْتَفَيْنا بِدَلَالَةِ الحالِ

١٦٨/٥ و

(٧) فى م : « مشهورا » .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٢٤/٦ ، ٢٥ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ١١٦/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى الصدقة للنبى ﷺ ، من كتاب الزكاة . صحيح البخارى ١٥٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٩٠/٣ .

(١٠) فى الأصل : « والدلالة » .

(١١) فى م : « لتوقيفه » .

فى دُخُولِ الحَمَّامِ ، وهو إجَارَةٌ وبَيْعُ أعْيانٍ ، فإذا اكْتَفَيْنا بالمُعَاوَضاتِ مع تأكُّدِها بدَلَالةِ الحالِ ، وأنها تَنْقُلُ المِلْكَ من الجانِبَيْنِ ، فلأن نَكْتَفِىَ به فى الهِبَةِ أَوْلَى .

فصل : والقَبْضُ فيما لا يُنْقَلُ بالتَّخْلِيَةِ بينَه وبينَه ، لا حائِلَ دُونَه ، وفيما يُنْقَلُ بالنَّقْلِ ، وفى المُشَاعِ بِتَسْلِيمِ الكُلِّ إليه . فإن أبَى الشَّرِيكُ أن يُسَلِّمَ نَصِيبَه ، قيل لِلْمُتَّهِبِ : وَكِّلِ الشَّرِيكَ فى قَبْضِه لك ونَقْلِه . فإن أبَى ، نَصَّبَ الحاكِمُ مَنْ يكونُ فى يَدِه لهما ، فيَنْقُلُه ، لِيَحْصُلَ القَبْضُ ؛ لأنَّه لا ضَرَرَ على الشَّرِيكِ فى ذلك ويَتِمُّ به عَقْدُ شَرِيكِه .

فصل : وتَصِحُّ هِبَةُ المُشَاعِ . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ . (12)قال الشافِعِىُّ(12) : وسواءٌ(13) فى ذلك ما أمْكَنَ قِسْمَتُه ؛ أو لم يُمْكِنْ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا تَصِحُّ هِبَةُ المُشَاعِ الذى يُمْكِنُ قِسْمَتُه ؛ لأنَّ القَبْضَ شَرْطٌ فى الهِبَةِ ، ووُجُوبُ القِسْمةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ القَبْضِ وتَمامَهُ . فإن كان ممَّا لا يُمْكِنُ قِسْمَتُه ، صَحَّتْ هِبَتُه ؛ لِعَدَمِ ذلك فيه . وإن وَهَبَ واحِدٌ اثْنَيْنِ شيئًا ممَّا يَنْقَسِمُ ، لم يَجُزْ عند أبى حنيفةَ . وجازَ عند صاحِبَيْه . وإن وَهَبَ اثْنانِ اثْنَيْنِ شيئًا ممَّا يَنْقَسِمُ ، لم يَصِحَّ فى قِيَاسِ قَوْلِهم ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ من المُتَّهِبين قد وُهِبَ له جُزْءٌ مُشَاعٌ . ولَنا ، أنَّ وَفْدَ هَوَازِنَ لمَّا جاءُوا يَطْلُبُونَ من رسولِ اللهِ ﷺ أن يَرُدَّ عليهم ما غَنِمَهُ(14) منهم ، قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَا كَانَ لِى وَلِبَنِى عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، فَهُوَ لَكُمْ » . رَوَاهُ البُخَارِىُّ(15) . وهذا هِبَةٌ

(12 - 12) سقط من : الأصل .

(13) سقطت الواو من : م .

(14) فى الأصل : « غنموا » .

(15) فى : باب إذا وهب شيئا لوكيل ... ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب من ملك من العرب رقيقا ... ، من كتاب العتق ، وفى : باب من رأى الهبة الغائبة جائزة ، من كتاب الهبة ، وفى : باب من الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين ... ، من كتاب الخمس ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ ويوم حنين إذ أعجبتكم كثرتكم ... ﴾ من كتاب المغازى . صحيح البخارى 3/130 ، 131 ، 193 ، 205 ، 206 ، 4/108 ، 5/95 .

وليس فيه لفظ : « ما كان لى ولبنى عبد المطلب فهو لكم » . =

مُشَاعٍ[16] . ورَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : سَمِعْتُ النبيَّ ﷺ ، وقد جاءَهُ رَجُلٌ ومعه كُبَّةٌ[17] من شَعرٍ / ، فقال : أَخَذْتُ هذه من المَغْنَمِ لأُصْلِحَ بَرْدَعَةً لى . فقال النبيُّ ﷺ : « مَا كَانَ لِى ولِبَنِى عَبْدِ المُطَّلِبِ فهو لَكَ »[18] . ورَوَى عُمَيْرُ[19] بن سَلَمةَ الضَّمْرِىُّ ، قال : قال خَرَجْنَا مع رسولِ اللهِ ﷺ ، حتى أَتَيْنَا الرَّوْحَاءَ ، فرَأَيْنا حِمَارَ وَحْشٍ مَعْقُورًا ، فأَرَدْنا أَخْذَه ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « دَعُوهُ ، فَإِنَّهُ يُوشِكُ أَنْ يَجِىءَ صَاحِبُهُ » . فجاءَ رَجُلٌ من بَهْزٍ ، وهو الذى عَقَرَهُ ، فقال : يا رسولَ اللهِ : شَأْنَكُم الحِمَارَ . فأَمَرَ رسولُ اللهِ ﷺ أبا بَكْرٍ أن يَقْسِمَهُ بين النّاسِ . رَوَاهُ الإمامُ أحمدُ ، والنَّسائِىُّ[20] . ولأنَّه يجوزُ بَيْعُه ، فجازَتْ هِبَتُه ، كالذى لا يَنْقَسِمُ ، ولأنَّه مُشَاعٌ ، فأَشْبَهَ ما لا يَنْقَسِمُ . وقولُهم : إنَّ وُجُوبَ القِسْمةِ يَمْنَعُ صِحَّةَ القَبْضِ . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه لم يَمْنَعْ صِحَّتَه فى البَيْعِ ، فكذا هٰهُنا . ومتى كانت الهِبَةُ لِاثْنَيْنِ ، فقَبَضَاهُ بإِذْنِه ، ثَبَتَ مِلْكُهُما فيه ، وإن قَبَضَه أحَدُهُما ، ثَبَتَ المِلْكُ فى نَصِيبِه دُونَ نَصِيبِ صاحِبِه .

فصل : ومتى قُلْنا : إنَّ القَبْضَ شَرْطٌ فى الهِبَةِ . لم تَصِحَّ الهِبَةُ فيما لا يُمْكِنُ تَسْلِيمُه . كالعَبْدِ الآبِقِ ، والجَمَلِ الشّارِدِ ، والمَغْصُوبِ لغيرِ غاصِبِه ممَّن لا يَقْدِرُ على أَخْذِه من غاصِبِه . وبهذا يقول أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ ، فلم يَصِحَّ فى ذلك ، كالبَيْعِ . وإن وَهَبَ المَغْصُوبَ لغاصِبِه ، أو لم يَتَمَكَّنْ من أَخْذِه منه ،

= ولكن أخرجه : النسائى ، فى : باب هبة المشاع ، من كتاب الهبة . المجتبى ٢٢٠/٦ ، ٢٢١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٨٤/٢ ، ٢١٨ .

(١٦) فى م : « المشاع » .

(١٧) الكبة من الشعر : الخصلة المجتمعة منه .

(١٨) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى فداء الأسير بالمال ، من كتاب الجهاد . سنن أبى داود ٥٧/٢ ، ٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٨٤/٢ .

(١٩) فى النسخ : « عمرو » ، والتصويب من : المجتبى ، والمسند .

(٢٠) أخرجه النسائى ، فى : باب إباحة أكل لحوم حمر الوحش ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٨١/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤١٨/٣ .

صَحَّ ؛ لأنَّه مُمْكِنٌ[21] قَبْضُه ، وليس لغيرِ الغاصِبِ القَبْضُ إلَّا بإذْنِ الواهِبِ . فإن وَكَّلَ المالِكُ الغاصِبَ فى تَقْبِيضِه ، صَحَّ . وإن وَكَّلَ المُتَّهِبُ الغاصِبَ فى القَبْضِ له ، فقَبِلَ ، ومَضَى زَمَنٌ يُمْكِنُ قَبْضُه فيه ، صارَ مَقْبُوضًا ، ومَلَكَهُ المُتَّهِبُ ، وبَرِئَ الغاصِبُ من ضَمَانِه . وإن قُلْنا : القَبْضُ ليس بِشَرْطٍ فى الهِبَةِ . فما لا يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ مِن ذلك احْتَمَلَ أن لا يُعْتَبَرَ فى [22]صِحَّةِ هِبَتِه[22] القُدْرَةُ على التَّسْلِيمِ . وهو قول أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه تَمْلِيكٌ بغيرِ عِوَضٍ ، أشْبَهَ الوَصِيَّةَ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ هِبَتُه ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ بَيْعُه ، فلم تَصِحّ هِبَتُه ، كالحَمْلِ فى البَطْنِ . وكذلك يُخَرَّجُ فى هِبَةِ الطَّيْرِ فى الهَوَاءِ ، والسَّمَكِ فى الماءِ ، إذا كان مَمْلُوكًا .

فصل : ولا تَصِحُّ هِبَةُ الحَمْلِ فى البَطْنِ ، واللَّبَنِ فى الضَّرْعِ . وبهذا قال أبو حنِيفةَ ، والشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ؛ لأنَّه مَجْهُولٌ مَعْجُوزٌ عن تَسْلِيمِه . وفى الصُّوفِ على الظَّهْرِ وَجْهانِ ، بِناءً على صِحَّة بَيْعِه . ومتى أذِنَ له فى جَزِّ الصُّوفِ ، وحَلْبِ الشّاةِ ، كان إبَاحَةً وإن وَهَبَ دُهْنَ سِمْسِمِه قبلَ عَصْرِه ، أو زَيْتَ زَيْتُونِه ، أو جَفْتَه ، لم يَصِحَّ . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، / وأصْحابُ الرَّأْى . ولا نَعْلَمُ لهم مُخَالِفًا . ولا تَصِحُّ هِبَةُ المَعْدُومِ ، كالذى تُثْمِرُ شَجَرَتُه ، أو تَحْمِلُ أَمَتُه ؛ لأنَّ الهِبَةَ عَقْدُ تَمْلِيكٍ فى الحَياةِ ، فلم تَصِحَّ فى هذا كلِّه ، كالَبيْعِ .

١٦٩/٥ و

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى دَاوُدَ ، وحَرْبٍ : لا تَصِحُّ هِبَةُ المَجْهُولِ . وقال ، فى رِوَايةِ حَرْبٍ : إذا قال : شَاةً من غَنَمِى . يَعْنِى[23] : وَهَبْتُها لك . لم يَجُزْ . وبه قال الشافِعِىُّ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الجَهْلَ إذا كان فى حَقِّ الواهِبِ ، مَنَعَ الصِّحَّةَ ؛ لأنَّه غَرَرٌ فى حَقِّه . وإن كان من المَوْهُوبِ له ، لم يَمْنَعْها ؛ لأنَّه لا[24] غَرَرَ فى حَقِّه ، فلم يُعْتَبَرْ فى

---

(٢١) فى الأصل : « يمكن » .

(٢٢ - ٢٢) فى م : « صحته » .

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : م .

حَقِّه العِلْمُ بما يُوهَبُ[25] له ، كالمُوصَى له . وقال مالِكٌ : تَصِحُّ هِبَةُ المَجْهُولِ ؛ لأنَّه تَبَرُّعٌ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالنَّذْرِ والوَصِيَّةِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ، أنَّه عَقْدُ تَمْلِيكٍ لا يَصِحُّ تَعْلِيقُه بالشُّرُوطِ ، فلم يَصِحَّ فى المَجْهُولِ ، كالبَيْعِ ، بخِلَافِ[26] النَّذْرِ والوَصِيَّةِ .

فصل : ولا يَصِحُّ تَعْلِيقُ الهِبَةِ بشَرْطٍ ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ لِمُعَيَّنٍ فى الحياةِ ، فلم يَجُزْ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ ، كالبَيعِ . فإن عَلَّقَها على شَرْطٍ ، كقولِ النبىِّ ﷺ لأُمِّ سَلَمَةَ : « إنْ رَجَعَتْ هَدِيَّتُنا إلَى النَّجَاشِيِّ فَهِىَ لَكِ »[27] . كان وَعْدًا . وإن شَرَطَ فى الهِبَةِ شُرُوطًا تُنَافِى مُقْتَضَاها ، نحو أن يقولَ : وَهَبْتُكَ هذا ، بِشَرْطِ أن لا تَهَبَه ، أو لا تَبِيعَه ، أو بِشَرْطِ أن تَهَبَه أو تَبِيعَه ، أو بِشَرْطِ أن تَهَبَ فُلَانًا شيئا . لم تَصِحَّ الشروط ، وفى صِحَّةِ الهِبَةِ وَجْهانِ ، بناءً على الشُّرُوطِ الفاسِدَةِ فى البَيْعِ . وإن وَقَّتَ الهِبَةَ ، فقال : وَهَبْتُكَ هذا سَنَةً ، ثم يَعُودُ إلَىَّ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه عَقْدُ تَمْلِيكٍ لِعَيْنٍ ، فلم يَصِحَّ مُؤَقَّتًا ، كالبَيْعِ .

فصل : وإن وَهَبَ أَمَةً ، واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها ، صَحَّ فى قِياسِ قولِ أحمدَ ، فى مَن أعْتَقَ أمَةً واسْتَثْنَى ما فى بَطْنِها ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ بالأُمِّ دون ما فى بَطْنِها ، فأشْبَهَ العِتْقَ . وبه يقول فى العِتْقِ النَّخَعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : تَصِحُّ الهِبَةُ ، ويَبْطُلُ الاسْتِثْناءُ . ولَنا ، أنَّه لم يَهَبِ الوَلَدَ ، فلم يَمْلِكِ المَوْهُوبَ له ، كالمُنْفَصِلِ ، وكالمُوصَى به .

فصل : وإذا كان له فى ذِمَّةِ إنْسانٍ دَيْنٌ ، فوَهَبَه له ، أو أبْرَأه منه ، أو أحَلَّه منه ، صَحَّ ، وبَرِئَتْ ذِمَّةُ الغَرِيمِ منه ، وإن رَدَّ ذلك ، ولم يَقْبَلْه ؛ لأنَّه إسْقاطٌ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى القَبُولِ ، كإسْقاطِ القِصَاصِ والشُّفْعةِ وحَدِّ القَذْفِ ، وكالعِتْقِ والطَّلَاقِ . وإن قال :

---

(٢٥) فى م : « يوجب » .

(٢٦) فى الأصل : « وفارق » .

(٢٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٣ .

تَصَدَّقْتُ به عليك . صَحَّ ، فإنَّ القُرْآن وَرَدَ فى الإبْراءِ بلَفْظِ الصَّدَقةِ ، بقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ / يَصَّدَّقُواْ ﴾[28] . وإن قال : عَفَوْتُ لك عنه . صَحَّ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾[29] . يَعْنِى به الإبراءَ من الصَّدَاقِ . وإن قال : أسْقَطْتُه عنك . صَحَّ ؛ لأنَّه أتَى بحَقِيقَةِ اللَّفْظِ المَوْضُوعِ له . وإن قال : مَلَّكْتُكَ إيَّاهُ . صَحَّ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ هِبَتِه إيَّاه .

١٦٩/٥ ظ

فصل : وإن وَهَبَ الدَّيْنَ لغير مَنْ هو فى ذِمَّتِه ، أو بَاعَه إيَّاه ، لم يَصِحَّ . وبه قال فى البَيْعِ أبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ . قال أحمدُ : إذا كان لك على رَجُلٍ طَعَامٌ قَرْضًا ، فَبِعْهُ مِن الذى هو عليه بنَقْدٍ ، ولا تَبِعْه من غيرِه بنَقْدٍ ولا نَسِيئةٍ ، وإذا أقْرَضْتَ رَجُلًا دَرَاهِمَ أو دَنَانِيرَ ، فلا تَأْخُذْ من غيرِه عَرْضًا بما لَكَ عليه . وقال الشافِعِىُّ : إن كان الدَّيْنُ على مُعْسِرٍ ، أو مُمَاطِلٍ ، أو جاحِدٍ له ، لم يَصِحَّ البَيْعُ ؛ لأنَّه مَعْجُوزٌ عن تَسْلِيمِه ، وإن كان على مَلِىءٍ باذِلٍ له ، ففيه قَوْلانِ ؛ أحدُهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه ابْتاعَ بمالٍ ثابِتٍ فى الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى فى ذِمَّتِه ، ويُشْتَرَطُ أن يَشْتَرِيَهُ بعَيْنٍ ، أو يَتَقابَضَانِ فى المَجْلِسِ ، لئلَّا يكونَ بَيْعَ دَيْنٍ بدَيْنٍ . ولَنا ، أنَّه غيرُ قادِرٍ على تَسْلِيمِه ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِ الآبِقِ . فأمَّا هِبَتُه ، فيَحْتَمِلُ أن لا تَصِحَّ ، كالبَيْعِ ، ويَحْتَمِلُ أن تَصِحَّ ؛ لأنَّه لا غَرَرَ فيها على المُتَّهِبِ ، ولا الوَاهِبِ ، فتَصِحُّ[30] ، كهِبَةِ الأعْيانِ[31] .

فصل[32] : تَصِحُّ البَراءةُ من المَجْهُولِ ، إذا لم يكُنْ لهما سَبِيلٌ إلى مَعْرِفَتِه . وقال أبو حنيفةَ : تَصِحُّ مُطْلَقًا . وقال الشافِعِىُّ : لا تَصِحُّ ، إلَّا أنَّه إذا أرادَ ذلك قال : أبْرَأْتُكَ من دِرْهَمٍ إلى ألْفٍ . لأنَّ الجهالةَ إنَّما مُنِعَتْ لأجْلِ الغَرَرِ ، فإذا رَضِىَ بالجُمْلةِ ، فقد زالَ الغَرَرُ ، وصَحَّتِ البَراءةُ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال لِرَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إليه فى مَوَارِيثَ

---

(٢٨) سورة النساء ٩٢ .

(٢٩) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣٠) فى الأصل : « فصح » .

(٣١) فى الأصل : « الأثمان » .

(٣٢) هذا الفصل كله سقط من : الأصل .

دَرَسَتْ : « اقْتَسِمَا ، وتَوَخَّيَا الحَقَّ ، ثُمَّ اسْتَهِمَا ، ثُمَّ تَحَالَّا » . رَوَاه أبو دَاوُدَ[٣٣] .
ولأنَّه إسْقَاطٌ ، فصَحَّ فى المَجْهُولِ ، كالعَتَاقِ والطَّلَاقِ ، وكما لو قال : من دِرْهَمٍ إلى أَلْفٍ . ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى تَبْرِئَةِ الذِّمَّةِ ، ولا سَبِيلَ إلى العِلْمِ بما فيها ، فلو وَقَفَ صِحَّةَ البَرَاءةِ على العِلْمِ ، لَكان سَدًّا لِبَابِ عَفْوِ الإنْسانِ عن أخِيهِ المُسْلِم ، وتَبْرِئَةِ ذِمَّتِه ، فلم يَجُزْ ذلك ، كالمَنْعِ من العِتْقِ . وأمَّا إن كان مَنْ عليه الحَقُّ يَعْلَمُه ، ويَكْتُمُه المُسْتَحِقَّ ، خَوْفًا من أنَّه إذا عَلِمَه لم يَسْمَحْ بإبْرائِه منه ، فيَنْبَغِى أن لا تَصِحَّ البَرَاءَةُ فيه ؛ لأنَّ فيه تَغْرِيرًا بالمُشْتَرِى ، وقد أمْكَنَ التَّحَرُّزُ منه . وقال أصْحَابُنا : لو أبْرَأَهُ من مائةٍ ، وهو يَعْتَقِدُ أنَّه لا شىءَ له عليه ، وكان له عليه مائةٌ ، ففى صِحَّةِ البَرَاءةِ وَجْهَانِ ؛ أحدُهما ، صِحَّتُها ؛ لأنَّها صادَفَتْ مِلْكَه ، فأسْقَطَتْه ، كما لو عَلِمَها . والثانى ، لا تَصِحُّ ؛ لأنَّه أبرَأَهُ ممَّا لا يَعْتَقِدُ أنَّه عليه ، فلم يكُنْ ذلك إبْراءً فى الحَقِيقَةِ . وأصْلُ الوَجْهَيْنِ ما لو باعَ مالًا كان لِمَوْرُوثِه ، يَعْتَقِدُ أنَّه باقٍ لِمَوَرِّثِه ، وكان مُوَرِّثُه قد ماتَ ، وانْتَقَلَ مِلْكُه إليه ، فهل يَصِحُّ ؟ فيه وَجْهانِ . ولِلشّافِعِىِّ قَوْلَانِ فى البَيْعِ ، وفى صِحَّةِ الإبْراءِ وَجْهَانِ .

٩٣٣ – مسألة ؛ قال : (**ويَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أبُوهُ ، أوْ وَصِيُّهُ بَعْدَهُ**[١] **، أو الْحَاكِمُ ، أو أمِينُهُ بِأَمْرِهِ**)

وجملةُ ذلك أنَّ الطِّفْلَ لا يَصِحُّ قَبْضُه لِنَفْسِه ، ولا قَبُولُه ؛ لأنَّه ليس من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، وَوَلِيُّه يَقُومُ مَقَامَهُ فى ذلك ؛ فإن كان له أبٌ أمِينٌ فهو وَلِيُّه ؛ لأنَّه أشْفَقُ عليه ، وأقْرَبُ إليه ، وإن ماتَ أبوه الأمِينُ ، وله وَصِىٌّ ، فوَلِيُّه وَصِيُّه ؛ لأنَّ الأبَ أقامَه مُقَامَ نَفْسِه ، فجَرَى مَجْرَى وَكِيلِه . وإن كان الأبُ غيرَ مَأْمُونٍ ، لِفِسْقٍ أو جُنُونٍ ، أو ماتَ عن غيرِ وَصِىٍّ ، فأمِينُه الحاكِمُ ، ولا يَلِى مالَه غيرُ هؤلاءِ الثَّلَاثةِ ، وأمِينُ الحاكِمِ يَقُومُ

---

(٣٣) تقدم تخريجه فى : ٦/٢٦٥ .
(١) سقط من : م .

مَقَامَه ، وكذلك وَكِيلُ الأبِ والوَصِىِّ ، فيَقُومُ كلُّ واحدٍ منهم مَقَامَ الصَّبِىِّ فى القَبُولِ والقَبْضِ إن احْتِيجَ إليه ؛ لأنَّ ذلك قَبُولٌ لما لِلصَّبِىِّ فيه حَظٌّ ، فكان إلى الوَلِىِّ ، كالبَيْعِ والشِّرَاءِ . ولا يَصِحُّ القَبْضُ والقَبُولُ من غيرِ هؤلاءِ . [2]فإنَّ أحمدَ قال[2] ، فى رِوَايةِ صالحٍ ، فى صَبِىٍّ وُهِبَتْ له هِبَةٌ ، أو تُصُدِّقَ عليه بصَدَقةٍ ، فقَبَضَتِ الأُمُّ ذلك وأبُوه حاضِرٌ ، فقال : لا أعْرِفُ لِلأُمِّ قَبْضًا ، ولا يكون إلَّا لِلأبِ . وقال عُثْمانُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : أحَقُّ من يَحُوزُ[3] على الصَّبِىِّ أبُوه . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىِّ ، ولا أعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ لأنَّ القَبْضَ إنَّما يكونُ من المُتَّهِبِ أو / نائِبِه ، والوَالِى[4] نائِبٌ بالشَّرْعِ ، فصَحَّ قَبْضُه له ، أمَّا غيرُه فلا نِيَابَةَ له . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ القَبْضُ والقَبُولُ من غيرِهم عند عَدَمِهم ؛ لأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى ذلك ، فإنَّ الصَّبِىَّ قد يكونُ فى مكانٍ لا حاكِمَ فيه ، وليس له أبٌ ولا وَصِىٌّ ، ويكون فَقِيرًا لا غِنَى به عن الصَّدَقاتِ ، فإن لم يَصِحَّ قَبْضُ غيرِهم له ، انْسَدَّ بابُ وُصُولِها إليه ، فيَضِيعُ ويَهْلَكُ ، ومُرَاعاةُ حِفْظِه عن الهَلَاكِ أوْلَى من مُرَاعاةِ الوِلَايةِ . فعلى هذا ، للأُمِّ القَبْضُ له ، وكلُّ مَن يَلِيه من أقارِبِه وغيرِهم .

(170/5 و)

وإن كان الصَّبِىُّ مُمَيِّزًا ، فحُكْمُه حُكْمُ الطِّفْلِ ، فى قِيَامِ وَلِيِّه مَقَامَه ، لأنَّ الوِلَايةَ لا تَزُولُ عنه قبلَ البُلُوغِ ، إلَّا أنَّه[5] إذا قَبِلَ لِنَفْسِه ، وقَبَضَ لها ، صَحَّ ؛ لأنَّه من أهْلِ التَّصَرُّفِ ، فإنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وشِرَاؤُه بإذْنِ الوَلِىِّ ، فهٰهُنا أوْلَى . ولا يَحْتاجُ إلى إذْنِ الوَلِىِّ هٰهُنا ؛ لأنَّه مَحْضُ مَصْلَحَةٍ ، ولا ضَرَرَ فيه ، فصَحَّ من غير إذْنِ وَلِيِّه ، كوَصِيَّته ، وكَسْبِ المُبَاحَاتِ . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ صِحَّةُ القَبْضِ منه على إذْنِ وَلِيِّه دُونَ القَبُولِ ؛ لأنَّ القَبْضَ يَحْصُلُ به مُسْتَوْلِيًا على المالِ ، فلا يُؤْمَنُ تَضْيِيعُه له وتَفْرِيطُه فيه ، فيَتَعَيَّنُ حِفْظُه عن ذلك بِوَقْفِه على إذْنِ وَلِيِّه ، كَقَبْضِه لِوَدِيعَتِه . وأمَّا القَبُولُ ، فيَحْصُلُ له به المِلْكُ من غير ضَرَرٍ ، فجازَ من غير إذْنٍ ، كاحْتِشَاشِه واصْطِيَادِه .

(2 - 2) فى م : « قال أحمد » .

(3) فى النسخ : « يجوز » .

(4) فى م : « والولى » .

(5) سقط من : الأصل .

فصل : فإن وَهَبَ الأبُ لِابنِه شيئًا ، قامَ مقامَه فى القَبْضِ والقَبُولِ ، إن احْتِيجَ إليه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ على أنَّ الرَّجُلَ إذا وَهَبَ لِوَلَدِه الطِّفْلِ دارًا بعَيْنِها ، أو عَبْدًا بعَيْنِه ، وقَبَضَه له من نَفْسِه ، وأشْهَدَ عليه ، أنَّ الهِبَةَ تامَّةٌ . هذا قول مالِكٍ ، والثَّورِىِّ ، والشافِعِىِّ ، وأصْحاب الرَّأْىِ . ورَوَيْنا مَعْنَى ذلك عن شُرَيْحٍ ، وعمرَ بن عبد العزيز . ثم إن كان المَوْهُوبُ مما يَفْتَقِرُ إلى قَبْضٍ ، اكْتُفِىَ بقَوْلِه : قد وَهَبْتُ هذا لِابْنِى ، وقَبَضْتُه له . لأنَّه يُغْنِى عن القَبُولِ كما ذَكَرْنا . ولا يُغْنِى قولُه : قد قَبِلْتُه . لأنَّ القَبُولَ لا يُغْنِى عن القَبْضِ . وإن كان ممَّا لا يَفْتَقِرُ اكْتُفِىَ بقَوْلِه : قد وَهَبْتُ هذا لِابْنِى . ولا يَحْتاجُ إلى ذِكْرِ قَبْضٍ ولا قَبُولٍ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعَ الفُقَهاءُ على أنَّ هِبَةَ الأبِ لِابنِه الصَّغِيرِ فى حِجْرِه لا يَحْتاجُ إلى قَبْضٍ ، وأنَّ الإِشْهادَ فيها يُغْنِى عن القَبْضِ ، وإن وَلِيَها أبوه ؛ لما رَوَاهُ مالِكٌ ، عن الزُّهْرِىِّ ، عن ابنِ المُسَيَّبِ ، أن عثمانَ قال : مَن نَحَلَ وَلَدًا له صَغِيرًا ، لم يَبْلُغْ أن يَحُوزَ نِحْلَةً ، فأعْلَنَ ذلك ، /وأشْهَدَ على نَفْسِه ، فهى جائِزَةٌ ، وإن وَلِيَها أبوه . وقال القاضى : لابُدَّ فى هِبَةِ الوَلَدِ من أن يقولَ : قد[6] قَبِلْتُه . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّ الهِبَةَ عندهم لا تَصِحُّ إلَّا بإيجَابٍ وقَبُولٍ . وقد ذَكَرْنا من قبلُ أنَّ قَرَائِنَ الأحْوالِ ودَلَالَتَها تُغْنِى عن لَفْظِ القَبُولِ ، ولا أدَلَّ على القَبُولِ من كَوْنِ القابِلِ هو الواهِبُ ، فاعْتِبارُ لَفْظٍ لا يُفِيدُ مَعْنًى من غيرِ وُرُودِ الشَّرْعِ به تَحَكُّمٌ لا مَعْنَى له ، مع مُخالَفَتِه لِظَاهِرِ حالِ النبىِّ ﷺ وصَحَابَتِه . وليس هذا مَذْهَبًا لأحمدَ ، فقد قال ، فى رِوايةِ حَرْبٍ ، فى رَجُلٍ أشْهَدَ بِسَهْمٍ من ضَيْعَتِه وهى مَعْرُوفَةٌ لِابْنِه ، وليس له وَلَدٌ غيرَه ، فقال : أحَبُّ إلىَّ أن يقولَ عند الإِشْهادِ : قد قَبَضْتُه[6] له . قِيلَ له : فإن سَهَا ؟ قال : إذا كان مُفْرَزًا رَجَوْتُ . فقد ذَكَرَ أحمدُ أنَّه يُكْتَفَى بقَوْلِه : قد قَبَضْتُه[6] . وأنه يَرْجُو أن يُكْتَفَى مع التَّمْيِيزِ بالإِشْهادِ فحَسْب . وهذا مُوافِقٌ للإِجْماعِ المَذْكُورِ عن سائِرِ العُلَماءِ . وقال بعضُ أصْحابِنا : يُكْتَفَى بأحَدِ لَفْظَيْنِ ، إمَّا أن يقولَ : قد قَبِلْتُه ، أو قَبَضْتُه . لأنَّ القَبُولَ يُغْنِى عن القَبْضِ . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ

٥/١٧٠ ظ

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

ما ذَكَرْناه . ولا فَرْقَ بين الأَثْمانِ وغيرِها فيما ذَكَرْنا ، وبه يقول أبو حنيفةَ ، والشافِعِيُّ . وقال مالِكٌ : إن وَهَبَ له ما يُعْرَفُ بعَيْنِه كالأَثْمانِ ، لم يَجُزْ ، إلَّا أن يَضَعَها على يَدِ غيرِه ؛ لأنَّ الأبَ قد يُتْلِفُ ذلك ، ويَتْلَفُ بغيرِ سَبَبِه ، ولا يُمْكِنُ أن يُشْهِدَ على شيءٍ بعَيْنِه ، فلا يَنْفَعُ القَبْضُ شيئا . ولَنا ، أنَّ ذلك ممَّا لا تَصِحُّ هِبَتُه ، فإذا وَهَبَه لابْنِه الصَّغِيرِ ، وقَبَضَه له ، وَجَبَ أن تَصِحَّ ، كالعُرُوضِ .

فصل[7] : وإن كان الواهِبُ لِلصَّبِيِّ غيرَ الأبِ من أوْلِيائِه ، فقال أصْحابُنا : لأبُدَّ من أن يُوَكِّلَ مَنْ يَقْبَلُ لِلصَّبِيِّ ، ويَقْبِضُ له ، ليكونَ الإيجابُ منه ، والقَبُولُ ، والقَبْضُ من غيرِه ، كما فى البَيْعِ . بخِلَافِ الأبِ ؛ [8]فإنَّه يجوزُ أن يُوجِبَ ويَقْبَلَ ويَقْبِضَ ، لكونِه يجوزُ أن يَبِيعَ لِنَفْسِه . والصَّحِيحُ عندى أنَّ الأبَ[8] وغيرَه فى هذا سَوَاءٌ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يجوزُ أن يَصْدُرَ منه ومن وَكِيلِه ، فجازَ له أن يَتَوَلَّى طَرَفَيْه ، كالأبِ . وفارَقَ البَيْعَ ؛ فإنَّه لا يجوزُ أن يُوَكِّلَ مَنْ يَشْتَرِى له ، ولأنَّ البَيْعَ عَقْدُ مُعَاوَضةٍ ومُرَابَحةٍ ، فيُتَّهَمُ فى عَقْدِه لِنَفْسِه ، والهِبَةُ مَحْضُ مَصْلَحةٍ لا تُهْمةَ فيها ، وهو وَلِىٌّ فيه[9] ، فجاز أن يَتَوَلَّى طَرَفَىِ[10] العَقْدِ ، كالأبِ ، ولأنَّ البَيْعَ إنَّما مُنِعَ منه لما يَأْخُذُه من العِوَضِ لِنَفْسِه من مالِ الصَّبِيِّ ، وهو هٰهُنا يُعْطِى ولا يَأْخُذُ ، فلا وَجْهَ لِمَنْعِه من ذلك ، وتَوْقِيفِه / على تَوْكِيلِ غيرِه ، ولأنَّنا قد ذَكَرْنا أنَّه يُسْتَغْنَى بالإيجابِ والإشْهَادِ عن[11] القَبْضِ والقَبُولِ ، فلا حاجَةَ إلى التَّوْكِيلِ فيهما مع غِنَاهُ عنهما .

171/5 و

فصل : فأمَّا الهِبَةُ من الصَّبِيِّ لغيرِه ، فلا تَصِحُّ ، سواءٌ أَذِنَ فيها الوَلِىُّ أو لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه لِحَظِّ[12] نَفْسِه ، فلم يَصِحَّ تَبَرُّعُه ، كالسَّفِيهِ . وأمَّا العَبْدُ فلا يجوزُ

---

(7) فى الأصل زيادة : « قال » .

(8 - 8) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(9) سقط من : الأصل .

(10) فى م : « طرق » .

(11) فى م : « إلى » .

(12) فى م : « لحفظ » .

أن يَهَبَ إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه ؛ لأنَّه مالٌ لِسَيِّدِه ، ومالُه مالٌ لِسَيِّدِه ، فلا يجوزُ له إزَالَةُ مِلْكِ سَيِّدِه عنه بغير إذْنِه ، كالأجْنَبِىِّ . وله أن يَقْبَلَ الهِبَةَ بغير إذْنِ سَيِّدِه . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه تَحْصِيلٌ لِلْمَالِ لسَيِّدِه[13] ، فلم يُعْتَبَرْ إذْنُه فيه ، كالالْتِقاطِ[14] ، وما وُهِبَهُ لِسَيِّدِه ، لأنَّه من اكْتِسَابِه ، فأشْبَه اصْطِيَادَه .

٩٣٤ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا فَاضَلَ بَيْنَ وَلَدِه فِى الْعَطِيَّةِ ، أُمِرَ بِرَدِّه ، كَأَمْرِ النَّبِىِّ ﷺ**)

وجملةُ ذلك أنَّه يَجِبُ على الإنْسانِ التَّسْوِيةُ بين أوْلَادِه فى العَطِيَّةِ ، إذا لم يَخْتَصَّ أحَدُهُم بمَعْنًى يُبِيحُ[1] التَّفْضِيلَ ، فإن خَصَّ بعضَهم بعَطِيَّتِه ، أو فاضَلَ بينهم فيها ، أَثِمَ ، ووَجَبَتْ عليه التَّسْوِيَةُ بأحَدِ أمْرَيْنِ ؛ إمَّا رَدُّ ما فَضَّلَ به البعضَ ، وإمَّا إتْمَامُ نَصِيبِ الآخَرِ . قال طاوُسٌ : لا يجوزُ ذلك ، ولا رَغِيفٌ مُحْتَرِقٌ . وبه قال ابنُ المُبَارَكِ . ورُوِىَ مَعناه عن مُجَاهِدٍ ، وعُرْوَةَ . وكان الحَسَنُ يَكْرَهُه ، ويُجِيزُه فى القَضَاءِ . وقال مالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى : ذلك جائِزٌ . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن شُرَيْحٍ ، وجابِرِ بن زَيْدٍ ، والحَسَنِ بن صالحٍ ؛ لأنَّ أبا بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، نَحَلَ عائِشَةَ ابْنَتَه جُذاذَ عِشْرِينَ وَسْقًا ، دونَ سائِرِ وَلَدِه[2] . واحْتَجَّ الشافِعِىُّ بقولِ النبىِّ ﷺ ، فى حَدِيثِ النُّعْمانِ بن بَشِيرٍ : « أَشْهِدْ عَلَى هٰذَا غَيْرِى »[3] . فأمَرَهُ

---

(١٣) فى م : « للسيد » .

(١٤) فى م : « كالألفاظ » . ولعل ما أثبتناه هو القراءة الصحيحة لما فى الأصل .

(١) فى الأصل : « ينتج » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٠٦ .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٤ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٦٢ وابن ماجه ، فى : باب الرجل ينحل ولده ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٥ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجوز من النحل ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥١ ، ٧٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٢٦٩ ، ٢٧٠ .

بِتَأْكِيدِها دون الرُّجُوعِ فيها ، ولأنَّها عَطِيَّةٌ تَلْزَمُ بمَوْتِ الأبِ ، فكانت جائِزَةً ، كما لو سَوَّى بينهم . ولَنا ، ما رَوَى النُّعْمانُ بن بَشِيرٍ قال : تَصَدَّقَ علىَّ أبى بِبَعْضِ مالِه ، فقالت أُمِّى عمرةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لا أَرْضَى حتى تُشْهِدَ عليها رسولَ اللهِ ﷺ . فجاءَ أبِى إلى[4] رسولِ اللهِ ﷺ ، لِيُشْهِدَه على صَدَقَتِه ، فقال : « أَكُلَّ وَلَدِكَ أَعْطَيْتَ مِثْلَه ؟ » قال : لا . قال : « فَاتَّقُوا اللهَ ، واعْدِلُوا بَيْنَ أوْلَادِكُمْ » . قال : فرَجَعَ أبى ، فرَدَّ تلك الصَّدَقَةَ . وفى لَفْظٍ قال : « فارْدُدْهُ » . وفى لَفْظٍ قال : « فأَرْجِعْهُ » . [5]وفى لَفْظٍ : « لا تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » . وفى لَفْظٍ : « فأَشْهِدْ عَلَى هٰذا غَيْرِى »[5] . وفى لفظ : « سَوِّ بَيْنَهُم » . وهو حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، مُتَّفَقٌ عليه[6] . وهو دَلِيلٌ على التَّحْرِيمِ ؛ لأنَّه سَمَّاهُ جَوْرًا ، وأمَرَ بِرَدِّه ، وامْتَنَعَ من الشَّهَادَةِ عليه ، والجَوْرُ حَرَامٌ ، والأمْرُ يَقْتَضِى الوُجُوبَ ، ولأنَّ تَفْضِيلَ[7] بعضِهم يُورِثُ بَيْنَهُم العَدَاوة والبَغْضاءَ وقَطِيعَةَ الرَّحِمِ ، فمُنِعَ منه ، كتَزْوِيجِ المَرْأةِ على عَمَّتِها أو خَالَتِها . وقولُ أبى بكرٍ لا يُعَارِضُ قولَ النبىِّ ﷺ ، ولا يُحتَجُّ به معه . ويَحْتَمِلُ أنَّ أبا بكرٍ رَضِىَ اللهُ عنه ، خَصَّهَا بعَطِيَّتِهِ[8] لِحَاجَتِها وعَجْزِهَا عن الكَسْبِ والتَّسَبُّبِ فيه ، مع اخْتِصَاصِها بفَضْلِها ، وكَوْنِها أُمَّ المُؤْمِنينَ زَوجَ رسولِ اللهِ ﷺ ، وغير ذلك من فَضَائِلِها . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ قد نَحَلَها ونَحَلَ غيرَها من وَلَدِه ، أو نَحَلَها وهو يُرِيدُ أن يَنْحَلَ غيرَها ، فأدْرَكَه المَوْتُ قبلَ ذلك . ويَتَعَيَّنُ حَمْلُ حَدِيثِه على أحدِ هذه

١٧١/٥ ظ

---

(٤) سقط من : م .

(٥ – ٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب الإشهاد فى الهبة ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢٠٦/٣ ومسلم ، فى : باب كراهة تفضيل بعض الأولاد فى الهبة ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٢/٣ – ١٢٤٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يفضل بعض ولده فى النحل ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦٨/٤ .

(٧) سقط من : م . وهو فى الأصل : « فى تفضيل » .

(٨) فى الأصل : « بعطية » .

الوُجُوهِ ؛ لأنَّ حَمْلَه على مثل مَحَلِّ النِّزاعِ مَنْهِيٌّ عنه ، وأقَلُّ أحْوَالِه الكَرَاهَةُ ، والظاهِرُ من حالِ أبي بكرٍ اجْتِنابُ المَكْرُوهاتِ . وقولُ النبيِّ ﷺ : « فأَشْهِدْ عَلَى هٰذَا غَيرِي » . ليس بأَمْرٍ ؛ لأنَّ أَدْنَى أحْوالِ الأمْرِ الاسْتِحْبَابُ والنَّدْبُ ، ولا خِلافَ في كَرَاهَةِ هذا . وكيف يجوزُ أن يَأْمُرَه بتَأْكِيدِه ، مع أمْرِه بِرَدِّه ، وتَسْمِيَتِه إيَّاه جَوْرًا ، وحَمْلُ الحَدِيثِ على هذا ، حَمْلٌ لِحَدِيثِ النبيِّ ﷺ على التَّناقُضِ والتَّضَادِّ ، ولو أمَرَ النبيُّ ﷺ بإشْهادِ غيره ، لَامْتَثَلَ[9] بَشِيرٌ أمْرَه ، ولم يَرُدَّ ، وإنَّما هذا تَهْدِيدٌ له على هذا ، فيُفِيدُ ما أفَادَه النَّهْيُ عن إتْمَامِه . واللهُ أعلمُ .

فصل : فإن خَصَّ بعضَهم لِمَعْنًى يَقْتَضِي تَخصِيصَه ، مثل اخْتِصَاصِه بحَاجَةٍ ، أو زَمَانَةٍ ، أو عَمًى ، أو كَثْرَةِ عائِلَة ، أو اشْتِغَالِه بالعِلْمِ أو نحوِه من الفَضَائِلِ ، أو صَرَفَ عَطِيَّتَه عن بعضِ وَلَدِه لِفِسْقِه ، أو بِدْعَتِه ، أو لكَوْنِه يَسْتَعِينُ بما يَأْخُذُه على مَعْصِيَةِ اللهِ ، أو يُنْفِقُه فيها ، فقد رُوِيَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على جَوَازِ ذلك ؛ لقولِه في تَخْصِيصِ بعضِهم بالوَقْفِ : لا بَأْسَ به إذا كان [10]لحاجَةٍ ، وأكْرَهُه إذا كان[10] على سَبِيلِ الأَثَرَةِ . والعَطِيَّةُ في مَعْناه . ويَحْتَمِلُ ظاهِرُ لَفْظِه المَنْعَ من التَّفْضِيلِ أو التَّخْصِيصِ[11] على كلِّ حالٍ ؛ لكَوْنِ النبيِّ ﷺ لم يَسْتَفْصِلْ بَشِيرًا في عَطِيَّتِه . والأَوَّلُ أَوْلَى ، إن شاءَ اللهُ ؛ لِحَدِيثِ أبي بكرٍ ، ولأنَّ بعضَهم اخْتَصَّ بمعنًى يَقْتَضِي العَطِيَّةَ ، فجازَ أن يَخْتَصَّ بها ، كما لو اخْتَصَّ بالقَرَابةِ[12] . وحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ في عَيْنٍ لا عُمُومَ لها ، وتَرْكُ النبيِّ ﷺ الاسْتِفْصَالَ / يجوزُ أن يكونَ لِعِلْمِه بالحالِ . فإن قِيلَ : لو عَلِمَ بالحالِ لمَا قال : « أَلَكَ وَلَدٌ غَيْرُهُ ؟ » . قُلْنا : يَحْتَمِلُ أن يكونَ السُّؤَالُ هٰهُنا لِبَيَانِ العِلَّةِ ، كما قال عليه السلامُ للذي سَأَلَه عن بَيْعِ الرُّطَبِ بالتَّمْرِ : « أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إذَا يَبِسَ ؟ » قال : نَعم :

١٧٢/٥ و

---

(٩) في م : « امتثل » .

(١٠ – ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في م : « والتخصيص » .

(١٢) في م : « القرابة » .

قال : « فَلَا إِذًا »[١٣] . وقد عَلِمَ أن الرُّطَبَ يَنْقُصُ ، لكن نَبَّه السائِلَ بهذا على عِلَّةِ المَنْعِ من البَيْعِ ، كذا هٰهُنا .

فصل : ولا خِلَافَ بين أَهْلِ العِلْمِ فى اسْتِحْبابِ التَّسْوِيَةِ ، وكَرَاهةِ التَّفْضِيلِ . قال إبراهيمُ : كانوا يَسْتَحِبُّونَ أن يُسَوُّوا بينهم حتى فى القُبَلِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فالتَّسْوِيَةُ المُسْتَحَبَّةُ أن يُقَسِّمَ بينهم على حَسَبِ قِسْمَةِ اللهِ تَعالَى المِيرَاثَ ، فَيُجْعَلَ لِلذَّكَرِ مثل حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ . وبهذا قال عَطَاءٌ ، وشُرَيْحٌ ، وإسحاقُ ، ومحمدُ بن الحَسَنِ . قال شُرَيْحٌ لِرَجُلٍ قَسَّمَ مالَه بين وَلَدِه : ارْدُدْهم إلى سِهَامِ اللهِ تعالَى وفَرَائِضِه . وقال عَطَاءٌ : ما كانوا يُقَسِّمُونَ إلَّا على كِتَابِ اللهِ تعالى . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وابنُ المُبَارَكِ : تُعْطَى الأُنْثَى مثلَ ما يُعْطَى الذَّكَرُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال لِبَشِيرِ بن سَعْدٍ : « سَوِّ بَيْنَهُم » . [١٤]وعَلَّلَ ذلك بقَوْلِه : « أَيَسُرُّكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِى بِرِّكَ ؟ » . قال : نعم . قال : « فَسَوِّ بَيْنَهُم »[١٤] . والبِنْتُ كالابْنِ فى اسْتِحْقاقِ بِرِّهَا ، وكذلك فى عَطِيَّتِها . وعن ابنِ عَبّاسٍ قال : قال رَسولُ اللهِ : « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُم فِى الْعَطِيَّةِ ، ولَوْ كُنْتُ مُؤْثِرًا لِأَحدٍ[١٥] لَآثَرْتُ النِّسَاءَ عَلَى الرِّجَالِ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ فى « سُنَنِه »[١٦] . ولأنَّها عَطِيَّةٌ فى الحَياةِ ، فاسْتَوَى فيها الذَّكَرُ والأُنْثَى ، كالنَّفَقَةِ والكُسْوَةِ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى قَسَّمَ بينهم ، فجَعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ، وأَوْلَى ما اقْتُدِىَ بِقِسْمَةِ اللهِ ، ولأنَّ العَطِيّةَ فى الحَيَاةِ أَحَدُ حَالَىِ العَطِيَّةِ ، فيُجْعَلُ لِلذَّكَرِ منها مِثْلُ حَظِّ[١٧] الأُنْثَيَيْنِ ، كحَالَةِ المَوْتِ . يَعْنِى المِيرَاثَ . يُحَقِّقُه أنَّ العَطِيَّةَ اسْتِعْجَالٌ لما يكونُ بعد المَوْتِ ، فيَنْبَغِى

(١٣) تقدم تخريجه فى : ٦٧/٦ .
(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(١٥) سقط من : م .
(١٦) وأخرجه البيهقى ، فى : باب السنة فى التسوية بين الأولاد فى العطية ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ١٧٧/٦ . وعزاه صاحب كنز العمال ، لسعيد بن منصور ، والطبرانى ، فى : باب فى العدل بين العطية لهم ، من كتاب النكاح . بلفظ : « فلو كنت مفضلا أحدًا لفضلت النساء » . كنز العمال ٤٤٦/١٦ .
(١٧) سقط من : م .

أن تكونَ على حَسَبِه ، كما أنَّ مُعَجَّلَ الزَّكَاةِ قبل وُجُوبِها يُؤَدِّيها على صِفَةِ أدَائِها بعدَ وُجُوبِها ، وكذلك الكَفَّاراتُ المُعَجَّلَةُ ، ولأنَّ الذَّكَرَ أحْوَجُ من الأُنْثَى ، من قِبَلِ أنَّهما إذا تَزَوَّجا جَمِيعًا فالصَّدَاقُ والنَّفقةُ ونَفقةُ الأوْلادِ على الذَّكَرِ ، والأُنْثَى لها ذلك ، فكان أوْلَى بالتَّفْضِيلِ ؛ لزِيَادَةِ حاجَتِه ، وقد قَسَّمَ اللهُ تعالى المِيرَاثَ ، ففَضَّلَ الذَّكَرَ مَقْرُونًا بهذا المَعْنَى فتُعَلَّلُ به ، ويَتَعَدَّى ذلك إلى العَطِيَّةِ فى الحَيَاةِ . وحَدِيثُ بَشِيرٍ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، وحِكَايَةُ حالٍ لا عُمُومَ لها ، وإنَّما ثَبَتَ حُكْمُها فيما مَاثَلَها ، ولا نَعْلَمُ حالَ أوْلَادِ بَشِيرٍ ، هل كان فيهم أُنْثَى أو لا ؟ ولَعَلَّ النبيَّ ﷺ قد عَلِمَ أنَّه ليس له إلَّا وَلَدٌ ذَكَرٌ . ثم تُحْمَلُ التَّسْوِيَةُ / على القِسْمَةِ على كتابِ اللهِ تعالى . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ التَّسْوِيَةَ فى [18]أصْلِ العَطَاءِ ، لا فى صِفَتِه ، فإن القِسْمَةَ لا تَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ[18] من كلِّ وَجْهٍ وكذلك الحَدِيثُ الآخَرُ[19] ، ودَلِيلُ ذلك قولُ عَطَاءٍ : ما كانوا يُقَسِّمُونَ إلَّا على كِتَابِ اللهِ تعالى . وهذا خَبَرٌ عن جَمِيعِهِم ، على أنَّ الصَّحِيحَ من خَبَرِ ابن عَبّاسٍ أنَّه مُرْسَلٌ .

١٧٢/٥ ظ

فصل : وليس عليه التَّسْوِيَةُ بين سائِرِ أقَارِبِه ، ولا إعْطَاؤُهم على قَدْرِ مَوارِيثِهم ، سواءٌ كانوا من جِهَةٍ واحِدَةٍ ، كإخْوَةٍ وأخَوَاتٍ ، وأعْمَامٍ وبَنِى عَمٍّ ، أو من جِهَاتٍ ، كَبَنَاتٍ وأخَوَاتٍ وغيرِهم . وقال أبو الخَطَّابِ : المَشْرُوعُ فى عَطِيَّةِ الأوْلادِ وسائِرِ الأقارِبِ ، أن يُعْطِيَهم على قَدْرِ مَوارِيثِهم[20] ، فإن خالَفَ وفَعَلَ ، فعليه أن يَرْجِعَ ويَعُمَّهُم بالنِّحْلَةِ ؛ لأنَّهم فى مَعْنَى الأوْلادِ ، فثَبَتَ فيهم مثلُ حُكْمِهِم . ولَنا ، أنَّها عَطِيَّةٌ لغيرِ الأوْلادِ فى صِحَّتِه ، فلم تَجِبْ عليه التَّسْوِيَةُ ، كما لو كانوا غيرَ وارِثِينَ ، ولأنَّ الأصْلَ إباحَةُ تَصَرُّفِ الإنْسانِ فى مالِه كيف شاءَ ، وإنَّما وَجَبَتِ التَّسْوِيَةُ بين الأوْلادِ بالخَبَرِ ، وليس غيرُهم فى مَعْنَاهُم ؛ لأنَّهم اسْتَوَوْا فى وُجُوبِ بِرِّ والدِهِم ، فاسْتَوَوْا فى

(١٨ – ١٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) فى م : « ميراثهم » .

عَطِيَّته . وبهذا عَلَّلَ النبيُّ ﷺ حين قال : « أَيَسُرُّكَ أَنْ يَسْتَوُوا فِي بِرِّكَ ؟ » قال : نعم . قال : « فَسَوِّ بَيْنَهُمْ » . ولم يُوجَدْ هذا فى غيرِهم ، ولأنَّ لِلْوَالِدِ الرُّجُوعَ [21]فيما أعْطَى[21] وَلَدَه ، فيُمْكِنُه أن يُسَوِّىَ بينهم باسْتِرْجاعِ ما أعْطَاهُ لبعضِهم ، ولا يُمْكِنُ ذلك فى غيرِهم ، ولأنَّ الأوْلادَ لِشِدَّةِ مَحَبَّةِ الوالِدِ لهم ، وصَرْفِ مالِه إليهم عادَةً ، يَتَنَافَسُونَ فى ذلك ، ويَشْتَدُّ عليهم تَفْضِيلُ بعضِهم ، ولا يُبَارِيهم فى ذلك غيرُهم ، فلا يَصِحُّ قِيَاسُه عليهم ، ولا نَصَّ فى غيرِهم ، ولأنَّ النبيَّ ﷺ قد عَلِمَ لِبَشِيرٍ زَوْجَةً ، ولم يَأْمُرْه بإعْطَائِها شيئا حين أمَرَه بالتَّسْوِيةِ بين أوْلادِه ، ولم يَسْأَلْهُ هل لك وارِثٌ غيرَ وَلَدِكَ ؟

فصل : والأُمُّ فى المَنْعِ من المُفَاضَلَةِ بين الأوْلادِ كالأبِ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « اتَّقُوا ٱللَّهَ ، وَٱعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . ولأنَّها أحَدُ الوَالِدَيْنِ ، فمُنِعَتْ التَّفْضِيلَ[22] كالأبِ ، ولأنَّ ما يَحْصُلُ بتَخْصِيصِ الأبِ بعضَ وَلَدِه من الحَسَدِ والعَدَاوَةِ ، يُوجَدُ مثلُه فى تَخْصِيصِ الأُمِّ بعضَ وَلَدِها ، [23]فثَبَتَ لها[23] مثلُ حُكْمِه فى ذلك .

فصل : وقولُ الخِرَقِيِّ : « أُمِرَ بِرَدِّهِ » . يَدُلُّ على أنَّ للأبِ الرُّجُوعَ فيما وَهَبَ لِوَلَدِه . وهو ظاهِرُ مذهبِ أحمدَ ، سواءٌ قَصَدَ بِرُجُوعِه التَّسْوِيَةَ بين الأوْلادِ أو لم يُرِدْ ، وهذا مذهبُ مالِكٍ / ، والأوْزَاعِيِّ ، والشافِعِيِّ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ . وعن أحمدَ ، رِوَايةٌ أخرى : ليس له الرُّجُوعُ فيها . وبها قال أصْحابُ الرَّأْىِ ، والثَّوْرِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ ؛ لقَوْلِ النبيِّ ﷺ : « العائِدُ فِي هِبَتِهِ ، كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ »[24] . مُتَّفَقٌ عليه . وعن عمرَ ابن الخَطَّابِ رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : مَنْ[25] وَهَبَ هِبَةً يَرَى أنَّه أرادَ بها صِلَةَ رَحِمٍ ، أو على وَجْهِ صَدَقَةٍ ، فإنَّه لا يَرْجِعُ فيها ، ومن وَهَبَ هِبَةً أرادَ بها الثَّوابَ ، فهو على هِبَتِه ،

١٧٣/٥ و

(٢١ – ٢١) فى م : « فى عطية » .

(٢٢) فى م : « بالتفضيل » .

(٢٣ – ٢٣) فى الأصل : « فيثبت فيها » .

(٢٤) تقدم تخريجه فى : ١٠٤/٤ .

(٢٥) فى الأصل : « فى من » .

يَرْجِعُ فيها إذا لم يَرْضَ منها . رَوَاه مالِكٌ ، فى « المُوَطَّأ »[26] . ولأنَّها هِبَةٌ يَحْصُلُ بها الأجْرُ من اللهِ تعالى ، فلم يَجُزِ الرُّجُوعُ فيها ، كصَدَقةِ التَّطَوُّعِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ لِبَشِيرِ بن سَعْدٍ : « فَارْدُدْهُ » . ورُوِى : « فأرْجِعْهُ » . رَوَاه كذلك مالِكٌ عن الزُّهْرِىِّ ، عن حُمَيْدِ بن عبد الرَّحْمنِ ، عن النُّعْمانِ . فأَمَرَه بالرُّجُوعِ فى هِبَتِه ، وأَقَلُّ أحْوالِ الأَمْرِ الجَوازُ ، وقد امتَثَلَ بَشِيرُ بن سَعْدٍ ذلك[27] ، فرَجَعَ فى هِبَتِه لِوَلَدِه ، ألا تَرَاهُ قال فى الحَدِيثِ : فرَجَعَ أبى ، فرَدَّ تلك الصَّدَقة . وحَمْلُ الحَدِيثِ على أنَّه لم يكُنْ أعْطاهُ شيئا ، يُخَالِفُ ظاهِرَ الحَدِيثِ ؛ لقولِه : تَصَدَّقَ علىَّ أبى بِصَدَقةٍ . وقولُ بَشِيرٍ : إنِّى نَحَلْتُ ابْنِى غُلَامًا . يَدُلُّ على أنَّه كان قد أعْطاهُ . وقول النبىِّ ﷺ : « فَارْدُدْهُ » . وقوله : « فأرْجِعْهُ » . ورَوَى طاوُسٌ ، عن ابنِ عمرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، يَرْفعانِ الحَدِيث إلى النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَيْسَ لأَحَدٍ أنْ يُعْطِىَ عَطِيَّةً ، فيَرْجِعَ فِيهَا ، إلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِىُّ[28] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وهذا يَخُصُّ عُمُومَ ما رَوَوْهُ[29] ويُفَسِّرُه . وقِيَاسُهم مَنْقُوضٌ بِهِبَةِ الأجْنَبِىِّ ؛ فإنَّ فيها أجْرًا وثَوَابًا ، فإنَّ النبىَّ ﷺ نَدَبَ إليها . وعندَهم له الرُّجُوعُ فيها ، والصَّدَقةُ على الوَلَدِ[30] كمَسْأَلَتِنا ، وقد دَلَّ حَدِيثُ النُّعْمانِ بن بَشِيرٍ على الرُّجُوعِ فى الصَّدَقةِ ؛ لقولِه : تَصَدَّقَ علىَّ أبى بِصَدَقةٍ .

فصل : وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ الأُمَّ كالأَبِ ، فى الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ ؛ لأنَّ

---

(26) فى : باب القضاء فى الهبة ، من كتاب الأقضية . الموطأ 2/754 .

(27) فى م : « فى ذلك » .

(28) فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب الهبة ، عارضة الأحوذى 8/294 .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 2/261 . وابن ماجه ، فى : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه 2/795 . والإمام أحمد ، فى المسند 2/78 .

(29) فى م : « رواه » .

(30) فى م : « الوالد » .

قولَه : « وإذا فاضَلَ بين أَوْلادِه » يَتَناوَلُ كلَّ والدٍ ، ثم قال فى سِيَاقِه : « أُمِرَ بِرَدِّه » . فيَدْخُلُ فيه الأُمُّ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّها داخِلَةٌ فى قولِه : « إِلَّا الوالِدَ فيما يُعْطِى وَلَدَه » . ولأنَّها لما دَخَلَتْ فى قولِ النبىِّ : « سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ » . يَنْبَغِى أن تَتَمَكَّنَ من التَّسْوِيَةِ ، والرُّجُوعُ فى الهِبَةِ طَرِيقٌ فى التَّسْوِيَةِ ، ورُبَّما تَعَيَّنَ طَرِيقًا فيها إذا لم يُمْكِنْ إعْطاءُ الآخَرِ مثلَ عَطِيَّةِ الأَوَّلِ ، ولأنَّها لما دَخَلَتْ فى المَعْنَى فى حَدِيثِ / بَشِيرِ [31]بن سعد[31] ، فيَنْبَغِى أن تَدْخُلَ فى جَمِيعِ مَدْلُولِه ؛ لقولِه : « فَارْدُدْهُ » . وقوله : « فَأَرْجِعْهُ » . ولأنَّها لما ساوَتِ الأَبَ فى تَحْرِيمِ تَفْضِيلِ بعضِ وَلَدِها ، يَنْبَغِى أن تُسَاوِيَه فى التَّمَكُّنِ من الرُّجُوعِ فيما فَضَّلَه به ، تَخْلِيصًا لها من الإِثْمِ ، وإزَالَةً لِلتَّفْضِيلِ المُحَرَّمِ ، كالأَبِ . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ أنَّه ليس لها الرُّجُوعُ . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ الله : الرُّجُوعُ لِلْمَرْأَةِ فيما أعْطَتْه وَلَدَها كالرَّجُلِ ؟ قال : ليس هى عندى فى هذا كالرَّجُلِ ؛ لأنَّ لِلأَبِ أن يَأْخُذَ من مالِ وَلَدِه ، والأُمُّ لا تَأْخُذُ . وذَكَرَ حَدِيثَ عائِشَةَ : « أَطْيَبُ [32]ما أكلَ[32] الرجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وإنَّ وَلَدَه مِنْ كَسْبِهِ »[33] . أى كأنَّه الرَّجُلُ . قال أصْحابُنا : والحَدِيثُ حُجَّةٌ لنا ، فإنَّه خَصَّ الوالِدَ ، وهو بإطْلَاقِه إنَّما يَتَنَاوَلُ الأَبَ دونَ الأُمِّ ، والفَرْقُ بينهما أنَّ لِلأَبِ وِلَايةً على وَلَدِه ، ويَحُوزُ جَمِيعَ المالِ فى المِيرَاثِ ، والأُمُّ بخِلَافِه . وقال مالكٌ : للأُمِّ الرُّجُوعُ فى هِبَةِ وَلَدِها ما كان أَبُوه حَيًّا ، فإن كان مَيِّتًا ، فلا رُجُوعَ لها ؛ لأنَّها هِبَةٌ لِيَتِيمٍ ، وَهِبَةُ اليَتِيمِ لازِمَةٌ ، كصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ ، ومن مَذْهَبِه أنَّه لا يُرْجَعُ فى صَدَقَةِ التَّطَوُّعِ .

(٣١ - ٣١) سقط من : م .

(٣٢ - ٣٢) فى م : « مأكل » .

(٣٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/٢٥٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١١٠ . والنسائى ، فى : باب الحث على الكسب ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢١٢ . وابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٢/٧٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند : ٦/٣١ ، ٤١ ، ٤٢ ، ١٢٧ ، ١٦٢ ، ١٩٣ ، ٢٢٠ .

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنا بين الهِبَةِ والصَّدَقةِ . وهو قولُ الشافِعِىّ . وفَرَّقَ مالِكٌ وأصْحابُ الرَّأْىِ بينهما ، فلم يُجيزُوا الرُّجُوعَ فى الصَّدَقَةِ بحالٍ ، واحْتَجُّوا بحَدِيثِ عمرَ : مَنْ وَهَبَ هِبَةً ، وأرَادَ بها صِلَةَ رَحِمٍ ، أو على وَجْهِ صَدَقةٍ ؛ فإنَّه لا يَرْجِعُ . ولَنا ، حَدِيثُ النُّعْمانِ بن بَشِيرٍ ، فإنَّه قال : تَصدَّقَ علىَّ أبى بصَدَقَةٍ . وقال : فرَجَعَ أبى ، فرَدَّ تلك الصَّدَقَةَ . وأيضا عُمُومُ قولِ النبىِّ ﷺ : « إلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ » . وهذا يُقَدَّم على(٣٤) قولِ عمرَ ، ثم هو خاصٌّ فى الوالِدِ ، وحَدِيثُ عمرَ عامٌّ ، فيَجِبُ تَقْدِيمُ الخاصِّ .

فصل : وللرُّجُوعِ فى هِبَةِ الوَلَدِ شُرُوطٌ أرْبعةٌ :

أحدها ، أن تكونَ باقِيةً فى مِلْكِ الابْنِ ، فإن خَرَجَتْ عن مِلْكِه ، ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو وَقْفٍ أو إرْثٍ أو غيرِ ذلك ، لم يَكُنْ له الرُّجُوعُ فيها ؛ لأنَّه إبْطالٌ لمِلْكِ غيرِ الوالِدِ . وإن عادَتْ إليه بِسَبَبٍ جَدِيدٍ ، كبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو وَصِيَّةٍ أو إرْثٍ ونحو ذلك ، لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيها ؛ لأنَّها عادَتْ بمِلْكٍ جَدِيدٍ لم يَسْتَفِدْهُ من قِبَلِ أبيه ، فلا يَمْلِكُ فَسْخَه وإزَالَتَه ، كالذى لم يكُنْ مَوْهُوبًا له . وإن عادَتْ إليه بفَسْخِ البَيْعِ ، لِعَيْبٍ أو إقالَةٍ أو فَلَسِ المُشتَرِى ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ السَّبَبَ المُزِيلَ ارْتَفَعَ ، وعادَ المِلْكُ بالسَّبَبِ الأوَّلِ ، فأشْبَهَ ما لو فَسَخَ البَيْعَ بخِيَارِ المَجْلِسِ أو خِيَارِ الشَّرْطِ . والثانى ، /لا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ المِلْكَ عادَ إليه بعدَ اسْتِقْرارِ مِلْكِ من انْتَقَلَ إليه عليه ، فأشْبَهَ ما لو عادَ إليه بهِبَةٍ . فأمَّا إن عادَ إليه لِلْفَسْخِ بخِيَارِ الشَّرْطِ ، أو خِيَارِ المَجْلِسِ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ المِلْكَ لم يَسْتَقِرَّ عليه .

١٧٤/٥ و

فصل : الثانى ، أن تكونَ العَيْنُ باقِيَةً فى تَصرُّفِ الوَلَدِ ، بحيث يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى رَقَبَتِها ، فإن اسْتَوْلَدَ الأمَةَ ، لم يَمْلِك الأبُ الرُّجُوعَ فيها ؛ لأنَّ المِلْكَ فيها لا يجوزُ نَقْلُه إلى غيرِ سَيِّدِها . وإن رَهَنَ العَيْنَ ، أو أفْلَسَ وحُجِرَ عليه ، لم يَمْلِك الأبُ الرُّجُوعَ فيها ؛

---

(٣٤) سقط من : م .

لأنَّ فى ذلك إبْطالًا لِحَقِّ غيرِ الوَلَدِ . فإن زالَ المانِعُ من التَّصرُّفِ ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ مِلْكَ الابْنِ لم يَزُلْ ، وإنَّما طَرَأَ مَعْنًى قَطَعَ التَّصرُّفَ مع بَقَاءِ المِلْكِ ، فمَنَعَ الرُّجُوعَ ، فإذا زالَ [زال] المَنْعُ ، والكِتَابةُ كذلك عند مَنْ لا يَرَى بَيْعَ المُكَاتَبِ . وهو مذهبُ الشافِعِيِّ وجَمَاعَةٍ سواهُ . فأمَّا من أجازَ بَيْعَ المُكَاتَبِ ، فحُكْمُه حُكْمُ المُسْتأْجَرِ والمُزَوَّجِ . وأما التَّدْبِيرُ ، فالصَّحِيحُ أنَّه لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وإن قُلْنا : يَمْنَعُ البَيْعَ . مَنَعَ الرُّجُوعَ . وكل تَصرُّفٍ لا يَمْنَعُ الابنَ التَّصرُّفَ فى الرَّقَبةِ ، كالوَصِيَّةِ والهِبَةِ قبلَ القَبْضِ فيما يَفْتَقِرُ إليه[٣٥] ، والوَطْءِ والتَّزْوِيجِ والإِجَارَةِ والكِتَابةِ والتَّدْبِيرِ ، إن قُلْنا : لا يَمْنَعُ البَيْعَ ، والمُزَارَعَةَ عليها ، وجَعْلَها مُضَارَبةً ، أو فى عَقْدِ شَرِكَةٍ ، فكلُّ ذلك لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ تَصرُّفَ الابنِ فى رَقَبَتِها ، وكذلك العِتْقُ المُعَلَّقُ على صِفَةٍ . وإذا رَجَعَ وكان التَّصرُّفُ لازِمًا ، كالإِجَارَةِ والتَّزْوِيجِ والكِتَابةِ ، فهو باقٍ بحالِه ؛ لأنَّ الابنَ لا يَمْلِكُ إبْطَالَه ، فكذلك مَن انْتَقَلَ إليه . وإن كان جائِزًا ، كالوَصِيَّةِ والهِبَةِ قبلَ القَبْضِ ، بَطَلَ ؛ لأنَّ الابنَ يَمْلِكُ إبْطَالَه . وأما التَّدْبِيرُ والعِتْقُ المُعَلَّقُ بصِفَةٍ ، فلا يَبْقَى حُكْمُهُما فى حَقِّ الأبِ ، ومتى عادَ إلى الإِبْنِ ، عادَ حُكْمُهما . فأمَّا البَيْعُ الذى للابْنِ فيه خِيَارٌ ، إما لِشَرْطٍ ، أو عَيْبٍ فى الثَّمَنِ ، أو غيرِ ذلك ، فيَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ يَتَضَمَّنُ فَسْخَ مِلْكِ الابنِ فى عِوَضِ المَبِيعِ ، ولم يَثْبُتْ له ذلك من جِهَتِه . وإن وَهَبَهُ الابنُ لابْنِه ، لم يَمْلِكِ الرُّجُوعَ فيه ؛ لأنَّ رُجُوعَه إبْطالٌ لمِلْكِ غيرِ ابْنِه . فإن رَجَعَ الابنُ فى هِبَتِه ، احْتَمَلَ أن يَمْلِكَ الأبُ الرُّجُوعَ فى هِبَتِه حينئذٍ ؛ لأنَّه فَسَخَ هِبَتَه بِرُجُوعِه ، فعادَ إليه المِلْكُ بالسَّبَبِ الأوَّلِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ الأبُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه رَجَعَ إلى ابْنِه[٣٦] بعد اسْتِقْرارِ مِلْكِ غيرِه عليه ، فأشْبَهَ ما لو وَهَبَهُ ابْنُ الابنِ لأبِيه[٣٧] .

---

(٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) فى الأصل : « أبيه » .

(٣٧) فى الأصل : « لابنه » .

١٧٤/٥ ظ / **فصل** : الثالث ، أن لا يَتعلَّقَ بها رَغْبَةٌ لغيرِ الوَلَدِ ، فإن تَعَلَّقَتْ بها رَغْبَةٌ لغيره ، مثل أن يَهَبَ وَلَدَه شيئا فيَرْغَبَ الناسُ فى مُعَامَلَتِه ، وأدَانُوه دُيُونًا ، أو رَغِبُوا فى مُناكَحَتِه ، فزَوَّجُوه إن كان ذَكَرًا ، أو تَزَوَّجَتِ الأُنْثَى لذلك ، فعن أحمدَ رِوَايَتانِ ؛ أُولاهما ، ليس له الرُّجُوعُ . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى الحارِثِ ، فى الرَّجُلِ يَهَبُ لِابْنِه مالًا : فله الرُّجُوعُ ، إلَّا أن يكونَ غَرَّ به قَوْمًا، فإن غَرَّ به ، فليس له أن يَرْجِعَ فيها . وهذا مذهبُ مالِكٍ ؛ لأنَّه تَعَلَّقَ به حَقُّ غيرِ الابْنِ ، ففى الرُّجُوعِ إبْطَالُ حَقِّه ، وقد قال عليه السلامُ : « لَا ضَرَرَ ولَا ضِرَارَ »[٣٨] . وفى الرُّجُوعِ ضَرَرٌ ، ولأنَّ فى هذا تَحَيُّلًا على إلْحاقِ الضَّرَرِ بالمُسْلِمينَ ، ولا يجوزُ التَّحَيُّلُ على ذلك . والثانية ، له الرُّجُوعُ ؛ لِعُمُومِ الخَبَرِ ، ولأنَّ حَقَّ المُتَزَوِّجِ والغَرِيمِ لم يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِ هذا المالِ ، فلم يَمْنَع الرُّجُوعَ فيه .

فصل : الرابع ، أن لا تَزِيدَ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، كالسِّمَنِ والكِبَرِ وتَعَلُّمِ صَنْعةٍ . فإن زادَتْ ، فعن أحمدَ رِوَايتانِ ؛ إحْداهما ، لا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . وهو مذهبُ الشافِعِىّ ؛ لأنَّها زِيَادَةٌ فى المَوْهُوبِ ، فلم تَمْنَع الرُّجُوعَ ، كالزِّيَادَةِ قبلَ القَبْضِ ، والمُنْفَصِلَةِ . والثانية ، تَمْنَعُ . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الزِّيادةَ لِلْمَوْهُوبِ له لِكَوْنها نَماءَ مِلْكِه ، ولم تَنْتَقِلْ إليه من جِهَةِ أبيه ، فلم يَمْلِك الرُّجُوعَ فيها ، كالمُنْفَصِلَةِ ، وإذا امْتَنَعَ الرُّجُوعُ فيها ، امْتَنَعَ الرُّجُوعُ فى الأصْلِ ، لئَلَّا يُفْضِىَ[٣٩] إلى سُوءِ المُشَارَكةِ ، وضَرَرِ التَّشْقِيصِ ، ولأنَّه[٤٠] اسْتِرْجاعٌ للمالِ بِفَسْخِ عَقْدٍ لغيرِ عَيْبٍ فى عِوَضِه ، فمَنَعْه الزِّيَادَةَ المُتَّصِلَةَ ، كاسْتِرْجاعِ الصَّدَاقِ بِفَسْخِ النِّكَاحِ ، أو نِصْفِه بالطَّلَاقِ ، أو رُجُوعِ البائِعِ فى المَبِيعِ لِفَلَسِ المُشْتَرِى . ويُفَارِقُ الرَّدَّ بالعَيْبِ من جِهَةِ أنَّ الرَّدَّ من المُشْتَرِى ، وقد رَضِىَ بِبَذَلِ الزِّيادَةِ . وإن فرضَ الكَلَام فيما إذا باعَ عَرْضًا بِعَرْضٍ ،

---

(٣٨) تقدم تخريجه فى : ١٤٠/٤ .

(٣٩) فى م : « يقتضى » .

(٤٠) فى الأصل زيادة : « فسخ » .

فزادَ أحدُهما ، ووَجدَ المُشْتَرِى الآخَر به عَيْبًا ، قُلْنا : بائعُ المَعِيبِ سَلَّطَ مُشْتَرِيَه على الفَسْخِ ، بِبَيْعِه المَعِيبَ ، فكأنَّ الفَسْخَ وُجِدَ منه . ولهذا قُلْنا ، فيما إذا فَسَخَ الزَّوْجُ النِّكَاحَ لِعَيْبِ المَرْأةِ قبل الدُّخولِ : لا صَدَاقَ لها ، كما لو فَسَخَتْه . وعلى هذا لا فَرْقَ بين الزِّيَادَةِ فى العَيْنِ ، كالسِّمَنِ والطُّولِ ونحوهما ، أو فى المَعَانِى ، كتَعَلُّمِ [41] صَنْعَةٍ أو كِتَابةٍ أو قُرْآنٍ [41] أو عِلْمٍ ، أو إسْلَامٍ ، أو قَضاءِ دَيْنٍ عنه . وبهذا قال محمدُ بن الحَسَنِ . وقال أبو حَنِيفةَ : الزِّيَادَةُ بتَعْلِيمِ القُرْآنِ وقَضَاءِ الدَّيْنِ عنه ، لا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ . ولَنا ، أنَّها زِيَادَةٌ لها مُقَابِلٌ من الثَّمَنِ ، فمَنَعَتِ الرُّجُوعَ ، كالسِّمَنِ وتَعَلُّمِ الصَّنْعةِ . وإن زادَ ببُرْئِه من / مَرَضٍ أو صَمَمٍ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ، كسائرِ الزِّيادَاتِ ، وإن كانت زِيَادَةُ العَيْنِ أو التَّعَلُّمِ لا تَزِيدُ فى قِيمَتِه شيئًا ، أو يَنْقُصُ منها ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ ذلك ليس بزِيَادَةٍ فى المالِيَّةِ . وأمَّا الزِّيَادَةُ المُنْفَصِلَة ، كَوَلَدِ البَهِيمَةِ ، وثَمَرةِ الشَّجَرَةِ ، وكَسْبِ العَبْدِ ، فلا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ بغيرِ اخْتِلَافٍ نَعْلَمُه . والزِّيَادَةُ لِلْوَلَدِ ؛ لأنَّها حادِثَةٌ فى مِلْكِه ، ولا تَتْبَعُ فى الفُسُوخِ ، فلا تَتْبَعُ هٰهُنا . وذَكَرَ القاضى وَجْهًا آخَرَ ، أنَّها للأَبِ . وهو بَعِيدٌ ، فإنْ كانت الزِّيادَةُ وَلَدَ أَمَةٍ لا يجوزُ التَّفْرِيقُ بينه وبين أُمِّهِ ، مَنَعَ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه يَلْزَمُ منه التَّفْرِيقُ بينه وبين أُمِّه ، وذلك مُحَرَّمٌ [42] ، إلَّا أن نَقُولَ إنَّ الزِّيادَةَ المُنْفَصِلَةَ للأَبِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه يَرْجِعُ فيهما جَمِيعا ، أو يَرْجِعُ فى الأُمِّ ، ويَتَمَلَّكُ [43] الوَلد من مالِ وَلِدِه .

١٧٥/٥ و

فصل : وإن قَصرَ [44] العَيْنَ أو فَصَّلَها ، فلم تَزِدْ قِيمَتُها ، لم تَمْنَع الرُّجُوعَ ؛ لأنَّ العَيْنَ لم تَزِدْ ولا القِيمَةَ ، وإن زادَتْ قِيمَتُها ، فهى زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، هل تَمْنَعُ الرُّجُوعَ أو لا ؟ مَبنِىٌّ [45] على الرِّوَايَتَيْنِ فى السِّمْنةِ . ويَحْتَمِلُ أن تَمْنَعَ هذه الزِّيَادَةُ الرُّجُوعَ بكلِّ

(٤١ - ٤١) فى الأصل : « الصناعة أو الكتابة أو القرآن » .
(٤٢) فى الأصل : « يحرم » .
(٤٣) فى الأصل : « ويملك » .
(٤٤) قصر الثوب : دقه وبيضه .
(٤٥) فى الأصل : « يبنى » .

حالٍ ؛ لأنَّها حاصِلَةٌ بِفِعْلِ الابنِ ، فجَرَتْ مَجْرَى العَيْنِ الحاصِلَةِ بِفِعْلِه ، بخِلَافِ السِّمَنِ ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ للأَبِ ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، لأنَّه نَماءُ العَيْنِ ، فيكون تابِعًا لها . وإن وَهَبَه حامِلًا فوَلَدَتْ في يَدِ الابنِ ، فهي زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ في الوَلَدِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ الوَلَدُ زِيادَةً مُنْفَصِلَةً إذا قُلْنا : الحَمْلُ لا حُكْمَ له . وإن وَهَبَه حامِلًا ، ثم رَجَعَ فيها حامِلًا ، جازَ إذا لم تَزِدْ قِيمَتُها ، وإن زادَتْ قِيمَتُها ، فهي زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ[٤٦] . وإن وهَبَه حائِلًا فحَمَلَتْ ، فهي زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ[٤٦] ، وله الرُّجُوعُ فيها دُونَ حَمْلِها . وإن قُلْنا : إنَّ الحَمْلَ لا حُكْمَ له ، فزادَت به قِيمَتُها ، فهي زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ . وإن لم تَزِدْ قِيمَتُها ، جازَ الرُّجُوعُ فيها . وإن وَهَبَه نَخْلًا فحَمَلَتْ ، فهي قبلَ التَّأْبِيرِ زِيَادةٌ مُتَّصِلَةٌ ، وبعدَه زِيَادةٌ مُنْفَصِلَةٌ .

فصل : وإن تَلِفَ بعضُ العَيْنِ ، أو نَقَصَتْ قِيمَتُها ، لم يَمْنَعِ الرُّجُوعَ فيها ، ولا ضَمَانَ على الابنِ فيما تَلِفَ منها ؛ لأنَّها تَتْلَفُ[٤٧] على مِلْكِه . وسواءٌ تَلِفَ بِفِعْلِ الابنِ أو بغيرِ فِعْلِه . وإن جَنَى العَبْدُ جِنَايةً تَعَلَّقَ أَرْشُها برَقَبَتِه ، فهو كنُقْصانِه بذَهابِ بعضِ أجْزَائِه ، وللأَبِ الرُّجُوعُ فيه ، فإن رَجَعَ فيه ، ضَمِنَ أَرْشَ الجِنَايةِ . وإن جُنِيَ على العَبْدِ ، فرَجَعَ الأَبُ[٤٨] فيه ، فأَرْشُ الجِنَايةِ عليه للابْنِ ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ الزِّيادَةِ المُنْفَصِلَةِ . فإن قِيلَ : فلو أرادَ الأَبُ الرُّجُوعَ في [٤٩]الرَّهْنِ ، وعليه فكَاكُه ، لم يَمْلِكْ ذلك ، فكيف مَلَكَ الرُّجُوعَ في[٤٩] العَبْدِ / الجانِي إذا أدَّى أَرْشَ جِنَايَتِه ؟ قُلْنا : الرَّهْنُ يَمْنَعُ التَّصرُّفَ في العَيْنِ ، بخِلَافِ الجِنَايةِ ، ولأنَّ فَكَّ الرَّهْنِ فَسْخٌ لِعَقْدٍ عَقَدَهُ المَوْهُوبُ له ، وهٰهُنا لم يَتَعَلَّقِ الحَقُّ به من جِهَةِ العَقْدِ ، فافْتَرَقَا . ١٧٥/٥ ظ

فصل : والرُّجُوعُ في الهِبَةِ أن يقولَ : قد رَجَعْتُ فيها ، أو ارْتَجَعْتُها ،

---

(٤٦) في م : « منفصلة » .

(٤٧) في الأصل : « تلف » .

(٤٨) في م زيادة : « فيرجع الأب » .

(٤٩ – ٤٩) سقط من : الأصل .

أو ارْتَدَدْتُها[٥٠] . أو نحو ذلك من الألْفاظِ الدَّالَّةِ على الرُّجُوعِ ، ولا يَحْتاجُ إلى حُكْمِ حاكِمٍ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إلَّا بِقَضَاءِ قاضٍ ؛ لأنَّ مِلْكَ المَوْهُوبِ له مُسْتَقِرٌّ . ولَنا ، أنَّه خِيَارٌ فى فَسْخِ عَقْدٍ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى قَضَاءٍ ، كالفَسْخِ بخِيَارِ الشَّرْطِ . فأمَّا إن أخَذَ ما وَهَبَه لِوَلَدِه ، فإن نَوَى به الرُّجُوعَ ، كان رُجُوعًا ، والقولُ قَوْلُه فى نِيَّتِه ، وإن لم يُعْلَمْ هل نَوَى الرُّجُوعَ أو لا ، وكان ذلك بعدَ مَوْتِ الأبِ ، فإن لم تُوجَدْ قَرِينَةٌ تدُلُّ على الرُّجُوعِ ، لم يُحْكَم بكَوْنِه رُجُوعًا ؛ لأنَّ الأخْذَ يَحْتَمِلُ الرُّجُوعَ وغيرَه ، فلا نُزِيلُ حُكْمًا يَقِينِيًّا[٥١] بأمْرٍ مَشْكُوكٍ فيه . وإن اقْتَرَنَتْ به قَرَائِنُ دالَّةٌ[٥٢] على الرُّجُوعِ فيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يكونُ رُجُوعًا . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنَّنا اكْتَفَيْنَا فى العَقْدِ بدَلَالةِ الحالِ ، ففى الفَسْخِ أَوْلَى ، ولأنَّ لَفْظَ الرُّجُوعِ إنَّما كان رُجُوعًا لِدَلَالَتِه عليه ، فكذلك كلُّ ما دَلَّ عليه . والآخَرُ ، لا يكون رُجُوعًا . وهو مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّ المِلْكَ ثابتٌ لِلْمَوْهُوبِ له يَقِينًا ، فلا يَزُولُ إلَّا بالصَّرِيحِ . ويُمْكِنُ أن يُبْنَى هذا على نَفْسِ العَقْدِ ، فمَن أوْجَبَ الإيجَابَ والقَبُولَ فيه ، لم يَكْتَفِ هٰهُنا إلَّا بلَفْظٍ يَقْتَضِى زَوَالَه ، ومن اكْتَفَى فى العَقْدِ بالمُعَاطاةِ الدَّالَّةِ على الرِّضَا به ، فهٰهُنا أَوْلَى . وإن نَوَى الرُّجُوعَ من غيرِ فِعْلٍ ولا قَوْلٍ ، لم يَحْصُلِ الرُّجُوعُ ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه إثْباتُ المِلكِ على مالٍ مَمْلُوكٍ لغيرِه ، فلم يَحْصُلْ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كسائِرِ العُقُودِ . وإن عَلَّقَ الرُّجُوعَ بِشَرْطٍ ، فقال : إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فقد رَجَعْتُ فى الهِبَةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ لِلْعَقْدِ لا يَقِفُ على شَرْطٍ ، كما لا يَقِفُ العَقْدُ عليه .

٩٣٥ – مسألة ؛ قال : (فَإنْ مَاتَ وَلَمْ يَرْدُدْهُ ، فَقَدْ ثَبَتَ لِمَنْ وَهَبَ لَهُ ، إذَا كَانَ ذٰلِكَ فِى صِحَّتِهِ)

يعنى إذا فاضَلَ بين وَلَدِه فى العَطَايَا ، أو خَصَّ بعضَهم بعَطِيَّةٍ[١] ، ثم ماتَ قبل أن

---

(٥٠) فى الأصل : « رددتها » .
(٥١) فى م : « يقينا » .
(٥٢) فى م : « دار » خطأ .
(١) فى الأصل : « بعطيته » .

يَسْتَرِدَّه ، ثَبَتَ ذلك لِلْمَوْهُوبِ له ، ولَزِمَ ، وليس لِبَقِيَّةِ الوَرَثَةِ الرُّجُوعُ . هذا المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فى رِوَايةِ محمدِ بن الحَكَمِ ، والمَيْمُونِىِّ ، وهو اخْتِيارُ الخَلَّالِ ، / وصَاحِبِه أبى بكرٍ . وبه قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى ، وأكْثَرُ أهْلِ العِلْمِ ، وفيه رِوَايةٌ أخرى (٢عن أحمدَ٢) ، أنَّ لِسَائِرِ الوَرَثَةِ أن يَرْتَجِعُوا ما وَهَبَه . اخْتارَه ابنُ بَطَّةَ وأبو حَفْصٍ العُكْبَرِيَّانِ . وهو قولُ عُرْوَةَ بن الزُّبَيْرِ ، وإسحاقَ . وقال أحمدُ : عُرْوَةُ قد رَوَى الأحَادِيثَ الثَّلَاثَةَ ؛ حَدِيثَ عائِشَةَ ، وحَدِيثَ عمرَ ، وحَدِيثَ عُثْمانَ[3] ، وتَرَكَها وذَهَبَ إلى حَدِيثِ النبىِّ ﷺ ، يردُّ فى حَيَاةِ الرَّجُلِ وبعد مَوْتِه[4] . وهذا قولُ إسحاقَ ، إلَّا أنَّه قال : إذا ماتَ الرَّجُلُ فهو مِيراثٌ بينهم ، لا يَسَعُ أن يَنْتَفِعَ أحدٌ مما أُعْطِىَ دون إخْوَتِهِ وأخَواتِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ سَمَّى ذلك جَوْرًا بقوله : « لَا تُشْهِدْنِى عَلَى جَوْرٍ » . والجَوْرُ حَرَامٌ لا يَحِلُّ لِلْفاعِلِ فِعْلُه ، ولا لِلْمُعْطَى تَنَاوُلُه . والمَوْتُ لا يُغَيِّرُه عن كَوْنِه جَوْرًا حَرَامًا ، فيَجِبُ رَدُّه ، ولأنَّ أبا بكرٍ وعُمَرَ أمَرَا قَيْسَ ابن سَعْدٍ ، أن يَرُدَّ قِسْمَةَ أبيه حين وُلِدَ له وَلَدٌ ، ولم يكُنْ عَلِمَ به ، ولا أعْطاهُ شيئًا ، وكان ذلك بعد مَوْتِ سَعْدٍ ، فرَوَى سَعِيدٌ[5] ، بإسْنادِه من طَرِيقَيْنِ ، أن سَعْدَ بن عُبَادَةَ قَسَّمَ مالَه بين أوْلَادِه ، وخَرَجَ إلى الشَّامِ ، فماتَ بها ، ثم وُلِدَ بعدَ ذلك وَلَدٌ فمَشَى أبو بكرٍ وعمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، إلى قَيْسِ بن سَعْدٍ ، فقالا : إن سَعْدًا قَسَّمَ مالَه ، ولم يَدْرِ ما يكونُ ، وإنَّا نَرَى أن تَرُدَّ هذه القِسْمَةَ . فقال قَيْسٌ : لم أكُنْ لأُغَيِّرَ شيئا صَنَعَهُ سَعْدٌ ، ولكن نَصِيبِى له . وهذا مَعْنَى الخَبَرِ . وَوَجْهُ القَوْلِ الأوَّلِ قولُ أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لعائِشَةَ ، لمَّا نَحَلَها نَحْلًا : وَدِدْتُ لو أنَّك كنتِ حُزْتِيه[6] . فَدَلَّ على أنَّها

١٧٦/٥ و

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث عائشة تقدم فى صفحة ٢٦٣ ، وحديث عمر تقدم فى صفحة ٢٦٢ ، وحديث عثمان تقدم فى صفحة ٢٥٤ .

(٤) أى إلى أن معنى حديث النبى ﷺ يرد فى حياة الرجل وبعد موته .

(٥) فى : باب من قطع ميراثا فرضه الله . السنن ٩٧/١ .

(٦) تقدم فى صفحة ٢٠٦ .

لو كانتْ حازَتْه لم يكُنْ له الرُّجُوعُ . وكذلك قولُ عمرَ : لا نِحْلةَ إلَّا نِحْلةً يَحُوزُها الوَلَدُ دون الوالِدِ . ولأنها عَطِيَّةٌ لِوَلَدِه فلَزِمَتْ بالمَوْتِ كما لو انْفَرَدَ . وقوله : « إذا كان ذلك فى صِحَّتِه » يَدُلُّ على أنَّ عَطِيَّته فى مَرَضِ مَوْته لبعضِ وَرَثَتِه لا تَنْفُذُ ؛ لأنَّ العَطَايَا فى مَرَضِ المَوْتِ بمَنْزِلَةِ الوَصِيَّةِ ، فى أنها تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ إذا كانت لأَجْنَبِىٍّ إجْماعًا ، فكذلك لا تَنْفُذُ فى حَقِّ الوارِثِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن أحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، أنَّ حُكْمَ الهِبَاتِ فى المَرَضِ الذى يَمُوتُ فيه الواهِبُ ، حُكْمُ الوَصَايَا ، هذا مَذْهَبُ الْمَدِينِىِّ ، والشافِعِىِّ ، والكُوفِىِّ . فإن أعْطَى أحَدَ بَنِيه فى صِحَّتِه ، ثم أعْطَى الآخَرَ فى مَرَضِه ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ فيه ، فإنَّه سُئِلَ عمَّن زَوَّجَ ابْنَه ، فأعْطَى عنه الصَّدَاقَ ، ثم مَرِضَ الأبُ ، وله ابنٌ آخَرُ / ، هل يُعْطِيه [7]فى مَرَضِه[7] كما أعطَى ابنَه[8] الآخَرَ فى صِحَّتِه ؟ فقال : لو كان أعْطاهُ فى صِحَّتِه ، فيَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ عَطِيَّتَه فى مَرَضِه كوَصِيَّتِه ، ولو وَصَّى له لم يَصِحَّ ، فكذلك إذا أعْطاهُ . والثانى ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ التَّسْوِيةَ بينهما واجِبَةٌ ، ولا طَرِيقَ لها فى هذا المَوْضِعِ إلَّا بِعَطِيَّةِ[9] الآخَرِ ، فتكونُ واجِبَةً ، فتَصِحُّ ، كقَضَاءِ دَيْنِه .

١٧٦/٥ ظ

فصل : قال أحمدُ : أُحِبُّ أن لا يُقَسِّمَ مالَه ، ويَدَعَه على فرائِضِ اللهِ تعالى ، لعلَّه أن يُولَدَ له ، فإن أعْطَى وَلَدَه مالَه ، ثم وُلِدَ له وَلَدٌ ، فأعْجَبُ إلىَّ أن يَرْجِعَ فيُسَوِّىَ بينهم . يعنى يَرْجِعُ فى الجَمِيعِ ، أو يَرْجِعُ فى بعض ما أعْطَى كلَّ واحِدٍ منهم لِيَدْفَعُوه[10] إلى هذا الوَلَدِ الحادِثِ ، لِيُسَاوِىَ إخْوَتَه . فإن كان هذا الوَلَدُ الحادِثُ بعدَ المَوْتِ ، لم يكُنْ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى الأصل : « بعطيته » .

(١٠) فى الأصل : « ليدفعه » .

له الرُّجُوعُ على إخْوَتِه ؛ لأنَّ العَطِيَّةَ لَزِمَتْ بِمَوْتِ أبيه ، إلَّا على الرِّوايةِ الأخرى ، التى ذَهَبَ إليها أبو عبدِ اللهِ ابن بَطَّةَ . ولا خِلافَ فى أنَّه يُسْتَحَبُّ لِمَنْ[11] أُعْطِىَ أن يُسَاوِىَ أخَاه فى عَطِيَّتِه ، ولذلك أمَرَ أبو بكرٍ وعمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، قَيْسَ بن سَعْدٍ ، بِرَدِّ قِسْمَةِ أبيه ، لِيُسَاوُوا المَوْلُودَ الحادِثَ بعدَ مَوْتِ أبيه .

فصل : وللأبِ أن يَأْخُذَ من مالِ وَلَدِه ما شاءَ ، ويَتَمَلَّكَه ، مع حاجةِ الأبِ إلى ما يَأْخُذُه ، ومع عَدَمِها ، صَغِيرًا كان الوَلَدُ أو كَبِيرًا ، بشَرْطَيْنِ ؛ أحدهما ، أن لا يُجْحِفَ بالابنِ ، ولا يَضُرَّ به ، ولا يَأْخُذَ شيئا تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه . الثانى ، أن لا يَأْخُذَ من مالِ وَلَدٍ[12] فيُعْطِيَه الآخَرَ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ ، وذلك لأنَّه مَمْنُوعٌ من تَخْصِيصِ بعضِ وَلَدِه بالعَطِيَّةِ من مالِ نَفسِه ، فلأن يُمْنَعَ من تَخْصِيصِه بما أخَذَ من مالِ وَلَدِه الآخرِ أَوْلَى . وقد رُوِىَ أن مَسْرُوقًا زَوَّجَ ابْنَتَه بِصَدَاقٍ عَشَرَةِ آلافٍ ، فأخَذَها ، وأنْفَقَها فى سَبِيلِ الله ، وقال لِلزَّوْجِ : جَهِّزِ امْرَأتَكَ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ : ليس له أن يَأْخُذَ من مالِ وَلَدِه إلَّا بِقَدرِ حاجَتِه ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « إنَّ دِمَاءَكُمْ وأمْوالَكُمْ عَلَيْكُم حَرَامٌ ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُم هٰذَا ، فِى شَهْرِكُمْ هٰذا ، [13]فِى بَلَدِكُمْ هٰذَا[13] » مُتَّفَقٌ عليه[14] . ورَوَى الحَسَنُ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « كُلُّ أحَدٍ أحَقُّ بِكَسْبِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ وَالنَّاسِ أجْمَعِينَ » . رَوَاه سَعِيدٌ فى « سُنَنِه »[15] . وهذا نَصٌّ . ورُوِىَ أن النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا عَنْ[16] طِيبِ نَفْسِهِ » . رَوَاه الدّارَقُطْنِىُّ[17] . ولأنَّ مِلْكَ الابنِ تامٌّ

---

(11) فى م : « من » .

(12) فى م : « ولده » .

(13 – 13) سقط من : م .

(14) تقدم تخريجه فى صفحة : 5/156 .

(15) وأخرجه البيهقى ، فى : باب من قال يجب على الرجل مكاتبة عبده ... ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى 10/319 . عن حبان بن أبى جبلة .

(16) فى م : « على » .

(17) تقدم تخريجه فى : 6/606 . ويضاف إليه : =

١٧٧/٥ و على مالِ نَفْسِه ، فلم يَجُز انْتِزاعُه منه ، كالذى / تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه . ولَنا ، ما رَوَتْ عائِشَةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، قالتْ : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ أطْيَبَ مَا أكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُم ، وإنَّ أوْلَادَكُم مِنْ كَسْبِكُم » . أخْرَجه سَعِيدٌ ، والتِّرمِذِىُّ[18] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . ورَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : جاءَ رَجُلٌ إلى النبىِّ ﷺ ، فقال : إنَّ أبِى احْتاجَ مالِى . فقال : « أنْتَ ومَالُكَ لأبِيكَ » . رَوَاهُ الطَّبَرانِىُّ ، فى « مُعْجَمِه »[19] مُطَوَّلًا ، ورَوَاهُ غيرُه ، وزادَ : « إنَّ أوْلَادَكُم مِنْ أطْيَبِ كَسْبِكُمْ ، فَكُلُوا مِنْ أمْوَالِهِمْ » . ورَوَى محمدُ بن المُنْكَدِرِ ، والمُطَّلِبُ بن حَنْطَبٍ ، قال : جاء رَجُلٌ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقال : إنَّ لِى مالًا وعِيَالًا ، ولأبِى مالٌ وعِيَالٌ ، وأبِى يُرِيدُ أن يَأْخُذَ مَالِى . فقال النبىُّ ﷺ : « أنْتَ ومالُكَ لأبِيكَ » . أخْرَجه سَعِيدٌ ، فى « سُنَنِه »[20] . ولأنّ اللهَ تعالى جَعَلَ الوَلَدَ مَوْهُوبًا لأبِيه ، فقال : ﴿ وَوَهبْنَا له إسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ﴾[21] . وقال : ﴿ وَوَهبْنَا لَهُ يَحْيَى ﴾[22] . وقال زَكرِيَّا : ﴿ فَهَبْ لِى مِن لَّدُنْكَ وَلِيًّا ﴾[23] . وقال إبراهيمُ : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى

= كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١١٣/٥ . والبيهقى ، فى : باب لا يملك أحد بالجناية شيئًا جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك ، وباب من غصب لوحًا فأدخله فى سفينة ... ، من كتاب الغصب . السنن الكبرى ٩٧/٦ ، ١٠٠ .

(١٨) تقدم تخريجه فى ٢٦٣ .

(١٩) رواه الطبرانى ، فى الكبير ٢٧٩/٧ . عن سمرة . وفى الصغير ٨/١ . عن عبد الله بن مسعود . وانظر : إرواء الغليل ٣٢٥/٣ .

كما أخرجه ، ابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجل يأكل من مال ولده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٧٩/٢ ، ٢٠٤ ، ٢١٤ .

(٢٠) وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما للرجل من مال ولده ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . والطحاوى ، فى : باب بيان مشكل ما روى أنت ومالك لأبيك . مشكل الآثار ٢٣٠/٢ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى إخباره من قال فى نفسه شعرا ... ، دلائل النبوة ٣٠٤/٦ ، ٣٠٥ .

(٢١) سورة الأنعام ٨٤ .

(٢٢) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٢٣) سورة مريم ٥ .

وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وإسْحَاقَ ﴾[٢٤] . وما كان مَوْهُوبًا له ، كان له أَخْذُ مالِه ، كعَبْدِه . وقال سُفْيانُ بن عُيَيْنَةَ ، فى قوله : ﴿ وَلَا عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ أَن تَأْكُلُوا مِنۢ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ ءَابائِكُمْ ﴾[٢٥] . ثم ذَكَرَ بُيُوتَ سائِرِ القَراباتِ إلَّا الأَوْلَادَ لم يَذْكُرْهُم ؛ لأنَّهم دَخَلُوا فى قوله : ﴿ بُيُوتِكُمْ ﴾ . فلما كانت بُيُوتُ أَوْلادِهم كَبُيُوتِهم ، لم يَذْكُرْ بُيُوتَ أَوْلَادِهم . ولأنَّ الرَّجُلَ يَلِى مالَ وَلَدِه من غيرِ تَوْلِيةٍ ، فكان له التَّصرُّفُ فيه كمالِ نَفْسِه . وأمَّا أحادِيثُهم ، فأحَادِيثُنا تَخُصُّها وتُفَسِّرُها ، فإنَّ النبىَّ ﷺ جَعَلَ مالَ الابْنِ مالًا لأبيه ، بقوله : « أَنْتَ ومَالُكَ لأَبِيكَ » . فلا تَنَافِىَ بينهما . وقوله : « أَحَقُّ بِهِ مِنْ وَالِدِهِ وَوَلَدِهِ » . مُرْسَلٌ ، ثم هو يَدُلُّ على تَرْجِيحِ حَقِّه على حَقِّه ، لا على نَفْىِ الحَقِّ بالكُلِّيَةِ ، والوَلَدُ أحَقُّ من الوالِدِ بما تَعَلَّقَتْ به حاجَتُه .

فصل : وليس لِلْوَلَدِ[٢٦] مُطَالَبَةُ أبيه بِدَيْنٍ عليه . وبه قال الزُّبَيْرُ بن بَكَّارٍ . وهو مُقْتَضَى قول سُفْيانَ بن عُيَيْنَةَ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ : له ذلك ؛ لأنَّه دَيْنٌ ثابتٌ ، فجازَتِ المُطَالَبَةُ به[٢٧] ، كغيرِه . ولَنا ، أن رَجُلًا جاءَ إلى النبىِّ ﷺ بأبِيه يَقْتَضِيه دَيْنًا عليه ، فقال : « أَنْتَ ومَالُكَ لأَبِيكَ » . رَوَاهُ أبو محمدٍ الخَلَّالُ بإسْنادِه[٢٨] . ورَوَى الزُّبَيْرُ بن بكارٍ ، فى كِتَابِ « المُوَفَّقِيّاتِ »[٢٩] ، بإسْنادِه ، أن رَجُلًا اسْتَقْرَضَ من ابْنِه / مالًا ، فحَبَسَه ، فأطَالَ حَبْسَه ، فاسْتَعْدَى عليه الابْنُ عَلِىَّ ابن أبى طالِبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وذَكَرَ قِصَّتَه فى شِعْرٍ ، فأجَابَه أبُوه بشِعْرٍ أيضا ، فقال علىٌّ رَضِىَ الله عنه :

٥/١٧٧ ظ

---

(٢٤) سورة إبراهيم ٣٩ .

(٢٥) سورة النور ٦١ .

(٢٦) فى الأصل : « للمرء » .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٧٣ .

(٢٩) الموفقيات ١١١ ، ١١٢ .

قد سَمِعَ القاضِى ومن رَبِّى الفَهمْ

المالُ لِلشَّيخِ جَزَاءٌ بالنِّعَمْ

يَأْكُلُه بِرَغْمِ أَنْفِ مَن رَغِمْ

مَنْ قال قَوْلًا غيرَ ذا فَقَدْ ظَلَمْ

وجَارَ فى الحُكْمِ وبِئْسَ ما جَرَمْ

قال الزُّبَيْرُ : إلى هذا نَذْهَبُ . ولأنَّ المالَ أحَدُ نَوْعَيِ الحُقُوقِ ، فلم يَمْلِكْ مُطَالَبَةَ أبيه بها ، كحُقُوقِ الأبدانِ . ويُفَارِقُ الأبُ غيرَه ، بما ثَبَتَ له من الحَقِّ على وَلَدِه . وإن ماتَ الابنُ ، فانْتَقَلَ الدَّيْنُ إلى وَرَثَتِه ، لم يَمْلِكُوا مُطَالبةَ الأب به ؛ لأنَّ مَوْرُوثَهُم لم يكنْ له المُطَالَبَةُ ، فهم أَوْلَى . وإن ماتَ الأبُ ، رَجَعَ الابنُ فى تَرِكَتِه بِدَيْنِه ؛ لأنَّ دَيْنَه لم يَسْقُطْ عن الأبِ ، وإنَّما تأَخَّرَتِ المُطَالَبَةُ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا ماتَ الأبُ ، بَطَلَ دَيْنُ الابنِ . وقال فى مَن أخَذَ من مَهْرِ ابْنَتِه شيئا فأنْفَقَه : فليس عليه شىءٌ ، ولا يُؤْخَذُ من بعدِه ، وما أصابَتْ من المَهْرِ من شىءٍ بِعَيْنِه أخَذَتْه . وتأَوَّلَ بعضُ أصْحابِنا كَلَامَه على (30)أنَّ له ما(30) أخَذَه على سَبِيلِ التَّمْلِيكِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ أخْذُه له ، وإنْفَاقُه إيَّاه ، دَلِيلًا على قَصْدِ (31)التَّمْلِيكِ ، فيَثْبُتُ المِلْكُ(31) بذلك الأخْذِ . والله أعلمُ .

فصل : وإن تَصَرَّفَ الأبُ فى مالِ الابنِ قبلَ تَمَلُّكِه ، لم يَصِحَّ تَصَرُّفُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : لا يجوزُ عِتْقُ الأبِ لِعَبْدِ ابنِه ، ما لم يَقْبِضْه . فعلى هذا ، لا يَصِحُّ إبْراؤُه من دَيْنِه ، ولا هِبَتُه لمالِه ، ولا بَيْعُه له ؛ وذلك لأنَّ مِلْكَ الابنِ تامٌّ على مالِ نَفْسِه ، فصَحَّ(32) تَصَرُّفُه فيه ، ويَحِلُّ له وَطْءُ جَوارِيه ، ولو كان المِلْكُ مشْتَركًا ، لم يَحِلَّ له الوَطْءُ ، كما لا يَجُوزُ وَطْءُ الجارِيَةِ المُشْتَرَكَةِ ، وإنَّما للأبِ انْتِزاعُه منه ، كالعَيْنِ التى

(30 - 30) فى الأصل : « أنه » .

(31 - 31) فى الأصل : « التملك له » .

(32) فى م : « يصح » .

وَهَبَها إيّاه ، فَقبْلَ انْتِزَاعِها لا يَصِحُّ تَصرُّفُه ؛ لأنَّه يَتصرَّفُ فى مِلْكِ غيره بغيرِ وِلَايةٍ . وإن كان الابْنُ صَغِيرًا ، لم يَصِحَّ أيضا ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ بما لا حَظَّ لِلصَّغِيرِ فيه ، وليس من الحَظِّ إسْقَاطُ دَيْنِه ، وعِتْقُ عَبْدِه ، وهِبَةُ مالِه .

فصل : قال أحمدُ : بين الرَّجُلِ وبين وَلَدِه رِبًا . لما ذَكَرْناه من أن مِلْكَ الابْنِ على مالِه تامٌّ . وقال : لا يَطأُ جارِيَةَ الابْنِ ، إلَّا أن يَقْبِضَها . يعنى يَتَمَلَّكُها . وذلك لأنَّه إذا وَطِئَها قبلَ تَمَلُّكِها ، فقد وَطِئَها وليستْ زَوْجةً ولا مِلْكَ يمينٍ ، وإن تَمَلَّكَها ، لم يَحِلَّ له / وَطْؤُها حتى يَسْتَبْرِئَها ؛ لأنه ابْتِداءُ مِلْكٍ ، فوَجَبَ الاسْتِبْراءُ فيه ، كما لو اشْتَرَاها . وإن كان الابْنُ قد وَطِئَها ، لم تَحِلَّ له بحالٍ . وإن وَطِئَها قبلَ تَمَلُّكِها[٣٣] ، كان مُحَرَّمًا من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّه وَطِئَها قبلَ مِلْكِها . والثانى ، أنَّه وَطِئَها قبل اسْتِبْرائِها . وإن كان الابنُ وَطِئَها ، حُرِّمَتْ بِوَجْهٍ ثالثٍ ، وهى أنَّها صارَتْ بمَنْزِلَةِ حَلِيلَةِ ابْنِه ، فإن فَعَلَ ، فلا حَدَّ عليه ؛ لِشُبْهةِ المِلْكِ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ أضافَ مالَ الوَلَدِ إلى أبيه ، فقال : « أنْتَ ومَالُكَ لأبِيكَ » . وإن وَلَدَتْ منه ، صارَتْ أُمَّ وَلَدِه ، ووَلَدُه حُرٌّ ؛ لأنَّه من وَطْءٍ انْتَفَى عنه الحَدُّ لِلشُّبْهةِ ، وتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ له[٣٤] ، وليس لِلابْنِ مُطَالَبَتُه بشىءٍ من قِيمَتِها ، ولا قِيمَةِ وَلَدِها ولا مَهْرِها . وهل يُعَزَّرُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يُعَزَّرُ ؛ لأنَّه وَطِئَ وَطْأً مُحَرَّمًا ، أشْبَهَ ما لو وَطِئَ جارِيةً مُشْتَرَكةً بينَه وبينَ غيرِه . والثانى ، لا يُعَزَّرُ ؛ لأنَّه لا يُقْتَصُّ منه بالجِنَايةِ على وَلَدِه ، فلا يُعَزَّرُ بالتَّصرُّفِ فى مالِه .

١٧٨/٥ و

فصل : وليس لغيرِ الأبِ الأخْذُ من مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّ الخَبَرَ وَرَدَ فى الأبِ ، بقوله : « أنْتَ ومالُكَ لأبِيكَ » . ولا يَصِحُّ قِيَاسُ غيرِ الأبِ [٣٥] عليه ، لأنَّ للأبِ [٣٥] وِلَايةً على وَلَدِه ومالِه إذا كان صَغِيرًا ، وله شَفَقَةٌ تامّةٌ[٣٦] ، وحَقٌّ مُتَأَكِّدٌ ، ولا يَسْقُطُ

---

(٣٣) فى م : « تملكه » .

(٣٤) سقط من : م .

(٣٥ - ٣٥) سقط من : م .

(٣٦) سقط من : الأصل .

مِيرَاثه بحالٍ . والأمُّ لا تأْخُذ ؛ لأنَّها لا وِلَايةَ لها . والجَدُّ أيضا لا يَلِى على مالِ وَلَدِ ابْنِه ، وشَفَقَتُه قاصِرَةٌ عن شَفَقَةِ الأبِ ، ويُحْجَبُ به فى المِيرَاثِ ، وفى وِلَايةِ النِّكاحِ . وغيرُهما[٣٧] من الأقارِبِ والأجانِبِ ليس لهم الأخْذُ بِطَرِيقِ التَّنْبِيه ؛ لأنَّه إذا امْتَنَعَ الأخْذُ فى حَقِّ الأُمِّ والجَدِّ ، مع مُشَارَكتِهِما للأبِ فى بعضِ المَعَانِى ، فغيرُهما ممَّن[٣٨] لا يُشَارِكُ الأبَ فى ذلك أَوْلَى .

٩٣٦ ــ مسألة ؛ قال : (**وَلَا يَحِلُّ لِوَاهِبٍ أنْ يَرْجِعَ فِى هِبَتِهِ ، وَلَا لِمُهْدٍ أنْ يَرْجِعَ فِى هَدِيَّتِه ، وَإنْ لَمْ يُثَبْ عَلَيْهَا**)

يعنى وإنْ لم يُعَوَّضْ عنها[١] . وأرادَ من عَدا الأبَ ؛ لأنَّه قد ذَكَرَ أنَّ للأبِ الرُّجُوعَ ، بقوله : « أَمَرَ بِرَدِّه » . فأمَّا غيرُه فليس له الرُّجُوعُ فى هِبَتِه ولا هَدِيَّتِه . وبهذا قال الشافِعِىُّ وأبو ثَوْرٍ . وقال النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : مَنْ وَهَبَ لغيرِ ذِى رَحِمٍ ، فله الرُّجُوعُ ، ما لم يُثَبْ عليها ، ومن وَهَبَ لذى رَحِمٍ ، فليس له الرُّجُوعُ . ورُوِى ذلك عن عمرَ بن الخَطَّابِ[٢] ، رَضِىَ اللهُ عنه ، واحْتَجُّوا بما رَوَى أبو هُرَيْرةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « الرَّجُلُ أحَقُّ بِهِبَتِهِ ، مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا » . رَوَاه ابنُ ماجه ، فى « سُنَنِه »[٣] . وبقَوْلِ عمرَ ، ولأنَّه لم يَحْصُلْ له عنها عِوَضٌ ، فجازَ له الرُّجُوعُ فيها ، كالعارِيَّةِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « العائِدُ فى هِبَتِه ، كَالْعائِدِ فى قَيْئِهِ » . وفى لَفْظٍ : « كَالْكَلْبِ يَعُودُ فى / قَيْئِهِ » . وفى رِوَايةٍ إنَّه « لَيْسَ لَنَا مَثَلُ السَّوْءِ ، الْعَائِدُ فِى هِبَتِه كالْكَلْبِ يَعُودُ فى قَيْئِه » . مُتَّفَقٌ عليه[٤] ، وأيضا

١٧٨/٥ ظ

---

(٣٧) فى م : « وغيرها » .

(٣٨) فى م : « مما » .

(١) فى الأصل : « عليها » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٢ .

(٣) فى : باب من وهب هبة رجاء ثوابها ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٨ .

(٤) اللفظ الأول تقدم تخريجه فى : ٤/١٠٤ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ... ، من كتاب الهبة . صحيح =

قولُ النبيِّ ﷺ : « لَيسَ لأحَدٍ أنْ يُعْطِـىَ عَطِيّةً ، فيَرْجِعَ فِيهَا ، إلَّا الْوالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ » . وقد ذَكَرْناه[5] . ورَوَى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه أن نَبِىَّ اللهِ ﷺ قال : « لا يَرْجِعُ واهِبٌ فى هِبَتِه ، إلَّا الوالِدَ فِيمَا يُعْطِى وَلَدَهُ »[6] . ولأنَّه واهِبٌ لا وِلَايةَ له فى المالِ ، فلم يَرْجِعْ فى هِبَتِه ، كذِى الرَّحِمِ المَحرَمِ . وأحادِيثُنا أصَحُّ من حَدِيثهم[7] وأَوْلَى . وقولُ عمرَ ، قد رُوِى عن ابْنِهِ وابنِ عَبَّاسٍ خِلَافُه . وأمَّا العارِيَّةُ فإنَّما هى هِبَةُ المَنافِعِ ، ولم يَحْصُلِ القَبْضُ فيها . فإن قَبَضَها باسْتِيفَائِها ، فنَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا ما اسْتَوفَى من مَنَافِعِ العارِيَّةِ ، فإنَّه لا يجوزُ الرُّجُوعُ فيها .

فصل : فحصل الاتِّفَاقُ على أنَّ ما وَهَبَه الإنْسانُ لِذَوِى رَحِمِه المَحْرَمِ غيرِ وَلَدِه ، لا رُجُوعَ فيه . وكذلك ما وَهَبَ الزَّوْجُ لامْرَأتِه . والخِلَافُ فيما عدا هؤلاءِ ، فعندنا لا يَرْجِعُ إلَّا الوالِدُ ، وعندَهم لا يَرْجِعُ إلَّا الأجْنَبِىُّ . فأمَّا هِبَةُ المَرْأةِ لِزَوْجِها ، فعن أحمدَ فيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، لا رُجُوعَ لها فيها . وهذا قولُ عمرَ بن عبد العزيزِ ، والنَّخَعِىِّ ، ورَبِيعةَ ، ومالِكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وهو قولُ عَطَاءٍ ، وقَتَادَةَ . والثانية ، لها الرُّجُوعُ . قال الأثْرَمُ : سَمِعْتُ أحمدَ يُسْأَلُ عن المَرْأةِ تَهَبُ ، ثم تَرْجِعُ ، فرَأَيْتُه يَجْعَلُ النِّساءَ غيرَ الرِّجَالِ . ثم ذَكَرَ الحَدِيثَ : « إنَّما يَرْجِعُ

= البخارى ٣/٢٠٧ . وابن ماجه ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ .
والثالث أخرجه البخارى ، فى : باب لا يحل لأحد أن يرجع فى هبته وصدقته ، من كتاب الهبة ، وفى : باب فى الهبة والشفعة ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٣/٢١٥ ، ٩/٣٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الرجوع فى الهبة ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٣٠١ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف لخبر عبد الله بن عباس فيه ، من كتاب الهبة . المجتبى ٦/٢٢٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢١٧ .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٢ .

(٦) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٨٢ . والبيهقى ، فى : باب من قال لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب لأحد ... ، من كتاب الهبات . السنن الكبرى ٦/١٧٩ ، ١٨٠ .

(٧) فى م : « أحاديثهم » .

فى الْمَواهِبِ النِّساءُ وشِرَارُ الْأَقْوامِ »[8] . وذَكَرَ حَدِيثَ عمرَ : إنَّ النِّسَاءَ يُعْطِين أزْوَاجَهُنَّ رَغْبَةً ورَهْبَةً ، فأيُّما امْرَأةٍ أعْطَتْ زَوْجَها شَيْئًا ، ثم أرادَتْ أن تَعْتَصِرَه ، فهى أحَقُّ به . رَوَاهُ الأَثْرَمُ بإسْنادِه[9] . وهذا قول شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِىِّ ، وحَكَاهُ الزُّهْرِىُّ عن القُضَاةِ . وعن أحمدَ رِوَايةٌ أخرى ثالِثَةٌ ، نَقَلَها أبو طَالِبٍ ، إذا وَهَبَتْ له مَهْرَها ، فإن كان سَأَلَها ذلك ، رَدَّهُ إليها ، رَضِيَتْ أو كَرِهَتْ ؛ لأنَّها لا تَهَبُ إلَّا مَخَافَةَ غَضَبِه ، أو [10]إضْرَارٍ بها[10] بأن يَتَزَوَّجَ عليها . وإن لم يكُنْ سَأَلَها ، وتَبَرَّعَتْ به ، فهو جائِزٌ . فظاهِرُ هذه الرِّوَايةِ ، أنَّه متى كانت مع الهِبَةِ قَرِينَةٌ ، من مَسْأَلَتِه لها ، أو غَضَبِه عليها ، أو ما يَدُلُّ على خَوْفِها منه ، فله الرُّجُوعُ ؛ لأنَّ شاهِدَ الحالِ يَدُلُّ على أنَّها لم تَطِبْ بها نَفْسُها ، وإنَّما أبَاحَه اللهُ تعالى عندَ طِيبِ نَفْسِها ، بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾[11] . وظاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِىِّ الرِّوايَةُ الأُولَى ، وهو اختِيارُ أبى بَكْرٍ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ ٱلَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾[12] . / وقال تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ . وعُمُومُ الأحَادِيثِ التى قَدَّمْناهَا .

١٧٩/٥ و

فصل : ولا يجُوزُ لِلْمُتَصَدِّقِ الرُّجُوعُ فى صَدَقَتِه ، فى قولِهم جميعا ؛ لأنَّ عمرَ قال فى حَدِيثه : مَنْ وَهَبَ هِبَةً على وَجْهِ صَدَقةٍ ، فإنَّه لا يَرْجِعُ فيها[13] . مع عُمُومِ أحادِيثِنا ، فاتَّفَقَ دَلِيلُهم ودَلِيلُنا ، فلذلك اتَّفَقَ قَوْلُهم وقَوْلُنا .

---

(٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب العائد فى هبته ، من كتاب المواهب . المصنف ٩/١١١ . والطحاوى ، فى : باب الرجوع فى الهبة ، من كتاب الهبة والصدقة . شرح معانى الآثار ٤/٨٢ .

(٩) وأخرجه عبد الرزاق بنحوه ، فى : باب هبة المرأة لزوجها ، من كتاب المواهب . المصنف ٩/١١٥ .

(١٠ - ١٠) فى الأصل : « احتراز » .

(١١) سورة النساء ٤ .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٢ .

فصل : والهِبَةُ المُطْلَقةُ ، لا تَقْتَضِى ثَوَابًا ، سواءٌ كانت من الإنسانِ لمِثْلِه أو دُونه أو أعْلَى منه . وبهذا قال أبو حنيفَةَ . وقال الشافِعِىُّ فى الهِبَةِ لمِثْلِه أو دونه كقَوْلِنا . فإن كانت لأَعْلَى منه ، ففيها قَوْلَانِ ؛ أحدهما ، أنَّها تَقْتَضِى الثَّوابَ . وهو قول مالِكٍ ، لقولِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : ومن وَهَبَ هِبَةً أرادَ بها الثَّوابَ ، فهو على هِبَتِه ، يَرْجِعُ فيها إذا لم يَرْضَ منها[14] . ولَنا ، أنَّها عَطِيَّةٌ على وَجْهِ التَّبَرُّعِ ، فلم تَقْتَضِ ثَوابًا ، كهِبَةِ المِثْلِ والوَصِيَّةِ ، وحَدِيثُ عمرَ قد خَالَفَه ابْنُه وابنُ عَبَّاسٍ ، فإنْ عَوَّضَه عن الهِبَةِ ، كانت هِبَةً مُبْتَدَأةً لا عِوَضًا ، أيُّهما أصابَ عَيْبًا لم يكُنْ له الرَّدُّ . وإن خَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً ، أخَذَها صاحِبُها ، ولم يَرْجِع المَوْهُوبُ له ببَدَلِها . فإن شَرَطَ فى الهِبَةِ ثَوابًا مَعْلُومًا ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه تَمْلِيكٌ بِعِوَضٍ مَعْلُومٍ ، فهو كالبَيْعِ ، وحُكْمُها حُكْمُ البَيْعِ ، فى ضَمَانِ الدَّرَكِ ، وثُبُوتِ الخِيَارِ والشُّفْعةِ . وبهذا قال أصْحابُ الرأى . ولأَصْحابِ الشافِعِىِّ قولٌ ، أنَّه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه شَرَطَ فى الهِبَةِ ما يُنَافِى مُقْتَضاها . ولَنا ، أنَّه تَمْلِيكٌ بِعِوَضٍ ، فصَحَّ ما لو قال : مَلَّكْتُكَ هذا بِدِرْهَمٍ . فإنَّه لو أطْلَقَ التَّمْلِيكَ كان هِبَةً ، وإذا ذَكَرَ العِوَضَ صارَ بَيْعًا . وقال أبو الخَطَّابِ : وقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَقْتَضِى أن يَغْلِبَ فى هذا حُكْمُ الهِبَةِ ، فلا تَثْبُتُ فيها أحْكَامُ البَيْعِ المُخْتَصَّةُ به . فأمَّا إن شَرَطَ ثَوابًا مَجْهُولًا ، لم يَصِحَّ ، وفَسَدَتِ الهِبَةُ ، وحُكْمُها حُكْمُ البَيْعِ الفاسِدِ ، يَرُدُّها المَوْهُوبُ له بزِيَادَتِها المُتَّصِلَةِ والمُنْفَصِلَةِ ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِ الواهِبِ . وإن كانت تَالِفةً[15] ، رَدَّ قِيمَتَها . وهذا قولُ الشافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّها تَصِحُّ ، فإذا أعْطاه عنها عِوَضًا رَضِيَه ، لَزِمَ العَقْدُ بذلك ، فإنَّه قال ، فى رِوَايةِ محمدِ بن الحَكَمِ : إذا قال الواهِبُ : هذا لك على أن تُثِيبَنِى . فله أن يَرْجِعَ إذا لم يُثِبْه ، لأنَّه شَرْطٌ . وقال ، فى رِوَايةِ إسماعيلَ بن سَعِيدٍ : إذا وَهَبَ له على وَجْهِ الإثَابةِ ،

---

(14) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٢ .

(15) فى الأصل : « باقية » .

فلا يجوزُ إلَّا أن يُثِيبَه عنها[16] ، فعلى هذا عليه أن يُعْطِيَه حتى يُرْضِيَهُ ، فإن لم يَفْعَلْ فلِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ . ويَحْتَمِلُ أن يُعْطِيَه قَدْرَ قِيمَتِها . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ هذا بَيْعٌ ، فيُعْتَبَرُ فيه التَّرَاضِى ، إلَّا أنَّه / بَيْعٌ بالمُعَاطاةِ ، فإذا عَوَّضَه عِوَضًا رَضِيَه ، حَصَلَ البَيْعُ بما حَصَلَ من المُعَاطاةِ مع التَّرَاضِى بها ، وإن لم يَحْصُلِ التَّرَاضِى ، لم تَصِحَّ ؛ لِعَدَمِ العَقْدِ ، فإنَّه لم يُوجَدِ الإِيجابُ والقَبُولُ ولا المُعاطَاةُ مع التَّرَاضِى . والأَصْلُ فى هذا قولُ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : مَنْ وَهَبَ هِبَةً أرادَ بها الثَّوَابَ ، فهو على هِبَتِه ، يَرْجِعُ فيها إذا لم يَرْضَ منها . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن علىٍّ ، وفَضَالَةَ بن عُبَيْدٍ ، ومالِكِ بن أنَسٍ . وهو قولُ الشافِعِىِّ ، على القولِ الذى يَرَى أن الهِبَةَ المُطْلَقَةَ تَقْتَضِى ثَوابًا . وقد رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ أعْرَابِيًّا وَهَبَ للنبىِّ ﷺ ناقةً ، فأعْطاهُ ثَلَاثًا فأَبَى ، فزَادَه ثَلَاثًا ، فأَبَى ، فزَادَه ثَلَاثًا ، فلما كَمُلَتْ تِسْعًا ، قال : رَضِيتُ : فقال النبىُّ ﷺ : « لقد هَمَمْتُ أنْ لَا أتَّهِبَ إلَّا مِنْ قُرَشِىٍّ أو أنْصَارِىٍّ أو ثَقَفِىٍّ أو دَوْسِىٍّ » . من « المُسْنَدِ »[17] . قال أحمدُ : إذا تَغَيَّرَتِ العَيْنُ المَوْهُوبةُ بزِيَادَةٍ أو نُقْصانٍ ، و لم يُثِبْه منها ، فلا أرَى عليه نُقْصانَ ما نَقَصَ عندَه إذا رَدَّه إلى صاحِبِه ، إلَّا أن يكونَ ثَوْبًا لَبِسَه ، أو غُلَامًا اسْتَعْمَلَه ، أو جارِيَةً اسْتَخْدَمَها ، فأمَّا غيرُ ذلك إذا نَقَصَ فلا شىءَ عليه ، فكان عندى مثلَ الرَّهْنِ ، الزِّيَادَةُ والنُّقْصانُ لِصَاحِبِه .

٩٣٧ ـ مسألة ؛ قال : (وإذَا قَالَ : دَارِى لَكَ عُمُرِى . أوْ هِىَ لَكَ عُمُرَكَ . فَهِىَ لَهُ ولِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ)

العُمْرَى والرُّقْبَى : نَوْعان من الهِبَةِ ، يَفْتَقِرانِ إلى ما يَفْتَقِرُ إليه سائِرُ الهِبَاتِ من

---

(١٦) فى الأصل : « منها » .

(١٧) المسند ٢/٢٤٧ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب عطية المرأة بغير إذن زوجها ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٧ . وعبد الرزاق ، فى : باب الهبات ، من كتاب المواهب . المصنف ٩/١٠٥ ، ١٠٦ .

الإيجابِ والقَبُولِ والقَبْضِ ، أو ما يَقُومُ مَقَامَ ذلك عندَ من اعْتَبَرَهُ . وصُورَةُ العُمْرَى أن يقولَ الرَّجُلُ : أعْمَرْتُكَ دارِي هذه ، أو هي لك عُمُرِى ، أو ما عِشْتُ ، أو مُدَّةَ حَيَاتِكَ ، أو ما حَيِيتَ ، أو نحو هذا . سُمِّيَتْ عُمْرَى لِتَقْيِيدِها بالعُمْرِ . والرُّقْبَى : أن يقولَ : أرْقَبْتُكَ هذه الدَّارَ ، أو هي لك حَيَاتَكَ ، على أنَّكَ إن مُتَّ قبلى عادَتْ إلىَّ ، وإن مُتُّ قَبْلَكَ فهي لك ولِعَقِبِكَ . فكأنَّه يقولُ : هي لآخِرِنَا مَوْتًا . وبذلك سُمِّيَتْ رُقْبَى ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما يَرْقُبُ مَوْتَ صاحِبِه . وكلاهما جائِزٌ ، في قولِ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، وحُكِيَ عن بعضهم أنَّها لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا »[1] . ولَنا ، ما رَوَى جابِرٌ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « العُمْرَى جائِزَةٌ لأهْلِهَا ، والرُّقْبَى جائِزَةٌ لأهْلِها » . رَوَاه أبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِيُّ[2] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . فأمَّا النَّهْيُ ، فإنَّما وَرَدَ على سَبِيلِ الإعْلامِ لهم إنَّكم إن أعْمَرْتُمْ أو أرْقَبْتُم يَعُدْ لِلْمُعْمَرِ والمُرْقَبِ ، ولم يَعُدْ إليكم منه شيءٌ . وسِيَاقُ الحَدِيثِ يَدُلُّ عليه ، فإنَّه[3] قال : « فَمَنْ أعْمَرَ عُمْرَى ، فَهِيَ لِمَنْ أُعْمِرَهَا حَيًّا ومَيِّتًا وعَقِبِهِ » . ولو أُرِيدَ به حَقِيقَةُ النَّهْيِ ، لم يَمْنَعْ / ذلك صِحَّتَها ؛ فإنَّ النَّهْيَ إنَّما يَمْنَعُ صِحَّةَ ما يُفِيدُ المَنْهِيَّ عنه فائِدَةً ، أمَّا إذا كان صِحَّةُ المَنْهِيِّ عنه ضَرَرًا على مُرْتَكِبِه ، لم يَمْنَعْ صِحَّتَه ، كالطَّلَاقِ في زَمَنِ الحَيْضِ ، وصِحَّةُ العُمْرَى ضَرَرٌ على المُعْمِرِ ، [4]فإنَّ مِلْكَه يَزُولُ[4] بغيرِ عِوَضٍ . إذا

١٨٠/٥ و

---

(١) أخرجه أبو داود ، في : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٢٦٤ . والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب في الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢/٣٦٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذي ٦/١٠١ والنسائي ، في : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٢ ، وابن ماجه ، في : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٢/٧٩٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٢٩٧ ، ٣٠٣ .

(٣) في م : « فإن » .

(٤ - ٤) في الأصل : « فإنه يزول ملكه » .

ثَبَتَ هذا ، فإنَّ العُمْرَى تَنْقُلُ المِلْكَ إلى المُعْمَرِ . وبهذا قال جابرُ بن عبدِ الله ، وابنُ عمرَ ، وابنُ عَبَّاسٍ ، وشُرَيْحٌ ، ومجاهِدٌ ، وطاوُسٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافِعِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ ، ورُوِى ذلك عن عليٍّ . وقال مالِكٌ ، واللَّيْثُ : العُمْرَى تَمْلِيكُ المَنَافِعِ ، لا تُمْلَكُ بها رَقَبَةُ المُعْمِرِ بحالٍ ، ويكون لِلْمُعْمَرِ السُّكْنَى ، فإذا ماتَ عادَتْ إلى المُعْمِرِ . وإن قال : له ولِعَقِبِه . كان سُكْناهَا لهم ، فإذا انْقَرضُوا عادَتْ إلى المُعْمِرِ . واحْتَجَّا بما رَوَى يحيى بن سَعِيدٍ ، عن عبد الرَّحْمنِ بن القاسِمِ ، قال : سَمِعْتُ مَكْحُولًا يَسْأَلُ القاسِمَ بن محمدٍ عن العُمْرَى ، ما يقول الناسُ فيها ؟ فقال القاسِمُ : ما أدْرَكْتُ الناسَ إلَّا على شُرُوطِهم في أمْوالِهم وما أعْطَوْا . وقال إبْراهيمُ بن إسحاقَ الحَرْبِيُّ ، عن ابن الأعْرابِيِّ : لم يَخْتَلِف العَرَبُ في العُمْرَى ، والرُّقْبَى ، والإِفْقارِ[5] ، والإِخْبالِ[6] ، والمِنْحَةِ[7] ، والعَرِيَّةِ ، والعارِيَّةِ ، والسُّكْنَى ، والإِطْرَاقِ ، أنَّها على مِلْكِ أرْبابِها ، ومَنَافِعُها لمن جُعِلَتْ له . ولأنَّ التَّمليكَ لا يَتَأقَّتُ ، كما لو بَاعَهُ إلى مُدَّةٍ ، فإذا كان لا يَتَأَقَّتُ ، حُمِلَ قولُه على تَمْلِيكِ المنافِعِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَوْقِيتُه . ولَنا ، ما رَوَى جابِرٌ قال : قال النبيُّ ﷺ : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُم أَمْوَالَكُمْ ، ولا تُفْسِدُوهَا ، فإنَّه مَنْ أعْمَرَ عُمْرَى ، فَهِىَ لِلَّذِى أُعْمِرَها حَيًّا ومَيِّتًا ولِعَقِبِهِ » . رَوَاه مُسْلِمٌ[8] . وفي لَفْظٍ : قَضَى رَسُولُ الله ﷺ بالعُمْرَى لمن وُهِبَتْ لـه . مُتَّفَقٌ عليـه[9] .

---

(٥) الإفقار : أن يعطى الرجل الرجل دابته ، فيركبها ما أحب فى سفر أو حضر ، ثم يردها عليه .

(٦) الإخبال : أن يعطى الرجل الرجل البعير أو الناقة ليركبها ، فيجتز وبرها ، وينتفع بها ، ثم يردها .

(٧) فى الأصل : « المنحره » . والمنحة : أى يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة ، فيحتلبها عاما أو أقل أو أكثر .

(٨) أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ ، ١٢٤٧ . وأبو داود ، فى : باب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٥/٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر فى العمرى ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣١/٦ . وابن ماجه ، فى : باب العمرى ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣١٢/٣ ، ٣٨٦ .

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ... ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى العمرى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف يحيى بن أبى كثير ... ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٤/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٤/٣ ، ٣٩٣ .

ورَوَى ابنُ ماجه[10]، عن ابن عُمَرَ، قال: قال رسولُ الله ﷺ: « لَا رُقْبَى، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا، فَهُو لَهُ حَيَاتَهُ ومَوْتَهُ ». وعن زَيْدِ بن ثابتٍ، أن النبيَّ ﷺ جعَلَ العُمْرَى لِلْوارِثِ[11]. وقد رَوَى مالِكٌ حَدِيثَ العُمْرَى، فى « مُوَطَّئِه »[12]، وهو صَحِيحٌ رَوَاه جابِرٌ، وابنُ عمرَ، وابنُ عَبَّاسٍ[13]، ومُعَاوِيَةُ، وزَيْدُ بن ثابتٍ، وأبو هُرَيْرَةَ[14]. وقولُ القاسِمِ لا يُقْبَلُ فى مُخَالَفَةِ مَنْ سَمَّيْنَا من الصَّحَابَةِ والتَّابِعِينَ، فكيف يُقْبَلُ فى مُخَالَفَةِ قولِ[15] سَيِّدِ المُرْسَلِينَ، ولا يَصِحُّ أن يُدَّعَى إجْمَاعُ أَهْلِ المَدِينَةِ، لِكَثْرَةِ من قال بها منهم، وقَضَى بها طارِقٌ[16] بالمَدِينَةِ بأَمْرِ عبد المَلِكِ بن مَرْوَانَ. وقولُ ابن الأعْرَابِىِّ: إنَّها عندَ العَرَبِ تَمْلِيكُ المَنافِعِ. لا يَضُرُّ إذا نَقَلَها الشَّرْعُ إلى تَمْلِيكِ الرَّقَبةِ، كما نَقَلَ الصَّلَاةَ من الدُّعاءِ إلى الأفْعالِ المَنْظُومَةِ، ونَقَلَ الظِّهَارَ والإيلَاءَ من الطَّلَاقِ إلى أحْكامٍ مَخْصُوصَةٍ. قولُهم: إنَّ / التَّمْلِيكَ لا يَتَأَقَّتُ. قُلْنا: فلذلك أَبْطَلَ الشَّرْعُ تَأْقِيتَها، وجَعَلَها تَمْلِيكًا مُطْلَقًا. ١٨٠/٥ ظ

---

(١٠) فى: باب الرقبى، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢.
كما أخرجه الإمام أحمد، فى: المسند ٣٤/٢، ٧٣.

(١١) أخرجه النسائى، فى: باب ذكر الاختلاف على أبى الزبير، من كتاب الرقبى، ومن كتاب العمرى. المجتبى ٢٢٨/٦، ٢٢٩. وابن ماجه، فى: باب العمرى، من كتاب الهبات. سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢. والإمام أحمد، فى: المسند ١٨٩/٥.

(١٢) فى: باب القضاء فى العمرى، من كتاب الأقضية، الموطأ ٧٥٦/٢.

(١٣) أخرجه النسائى، فى: باب ذكر الاختلاف على أبى الزبير، من كتاب الرقبى، ومن كتاب العمرى. المجتبى ٢٢٧/٦، ٢٢٩.

(١٤) أخرجه البخارى، فى: باب ما قيل فى العمرى والرقبى ... ، من كتاب الهبة. صحيح البخارى ٢١٦/٣. ومسلم، فى: باب العمرى، من كتاب الهبات. صحيح مسلم ١٢٤٨/٣. وأبو داود، فى: باب فى العمرى، من كتاب البيوع. سنن أبى داود ٢٦٣/٢. والنسائى، فى: باب ذكر اختلاف يحيى بن أبى كثير ... ، من كتاب العمرى. المجتبى ٢٣٥/٦.

(١٥) سقط من: الأصل.

(١٦) هو طارق بن عمرو مولى عثمان. انظر أخبار القضاة لوكيع ١٢٤/١.

فصل : إذا شَرَطَ فى العُمْرَى أنَّها لِلْمُعْمَرِ وعَقِبِه ، فهذا تأْكِيدٌ لِحُكْمِها ، وتكون لِلْمُعْمَرِ ووَرَثَتِه . وهذا قول جَمِيعِ القائِلِينَ بها . وإذا أطْلَقَها فهى لِلْمُعْمَرِ ووَرَثَتِه أيضا ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ لِلرَّقَبةِ ، فأشْبَهَتِ الهِبَةَ . فإن شَرَطَ أنَّك إذا مُتَّ فهى لِى . فعن أحمدَ رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، صِحّةُ العَقْدِ والشَّرْطِ ، ومتى ماتَ المُعْمَرُ رَجَعَتْ إلى المُعْمِرِ . وبه قال القاسِمُ بن محمدٍ ، وزَيْدُ بن قسيطٍ[17] ، والزُّهْرِىُّ ، ومالِكٌ ، وأبو سَلَمةَ بن عبد الرَّحْمنِ ، وابنُ أبى ذِئْبٍ[18] ، ومالِكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداوُدُ . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافِعِىِّ ؛ لما رَوَى جابرٌ ، قال : إنَّما العُمْرَى التى أجازَ رسولُ اللهِ ﷺ أن يقول : هى لكَ ولِعَقِبِكَ . فأمَّا إذا قال : هى لكَ ما عِشْتَ . فإنها تَرْجِعُ إلى صاحِبِها . مُتَّفَقٌ عليه[19] . ورَوَى مالِكٌ ، فى « مُوَطَّئِه »[20] ، عن جابرٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « أيُّمَا رَجُلٍ أعْمَرَ عُمْرَى لَهُ ، ولِعَقِبِه ، فَإنَّها لِلَّذِى أُعْطِيَها ، لا تَرْجِعُ إلَى الَّذِى أعْطَاهَا » . لأنَّه أعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فيه المَوارِيثُ . وقال القاسِمُ بن محمدٍ : ما أدْرَكْتُ الناسَ إلَّا على شُرُوطِهِم فى أمْوالِهِم . والرواية الثانية ، أنَّها تكون لِلْمُعْمَرِ ولِوَرَثَتِه ، ويَسْقُطُ الشَّرْطُ . وهذا قول الشافِعِىِّ الجَدِيدِ ، وقول أبى حنيفةَ . وهو ظاهِرُ المَذْهَبِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى طَالِبٍ ؛ للأحادِيثِ المُطْلَقَةِ التى ذَكَرْناها ، وقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « لَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُرْقِبَ شَيْئًا ، فَهُوَ لَهُ فِى حَيَاتِه ومَوْتِهِ » . وقال

---

(١٧) فى ا ، م : « زيد » . وانظر : الإكمال ٣٣٩/٧ .

(١٨) فى الأصل : « ذؤيب » .

(١٩) أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٦/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٤/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٤/٣ .

ولم نجده فى البخارى : انظر الإرواء ٥٥/٦ ، واللؤلؤ والمرجان ١٨٦/٢ .

(٢٠) فى : باب القضاء فى العمرى ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٦/٢ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات ، صحيح مسلم ١٢٤٥/٣ . وأبو داود ، فى : باب من قال فيه : ولعقبه ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٩/٦ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٢٣٣/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٦٠/٣ ، ٣٩٩ .

مجاهِدٌ : الرُّقْبَى أن يقول هى للآخِر مِنِّى ومِنْكَ مَوْتًا . ورَوَى الإمامُ أحمدُ[21] ، بإسْنادِه ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا عُمْرَى ، ولَا رُقْبَى ، فَمَنْ أُعْمِرَ شَيْئًا ، أو أُرْقِبَهُ ، فَهُوَ لَهُ حَيَاتَهُ ومَوْتَهُ » . وهذا صَرِيحٌ فى إبْطالِ الشَّرْطِ ؛ لأنَّ الرُّقْبَى يُشْتَرطُ فيها عَوْدُها إلى المُرْقِبِ إن ماتَ الآخَرُ قَبْلَه . وأمَّا حَدِيثُهم الذى احْتَجُّوا به ، فمن قولِ جابرٍ نَفسِه ، وأمَّا نَقْلُ لَفْظِ النبىِّ ﷺ قال : « أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ، ولَا تُفْسِدُوهَا ، فإنَّه مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِىَ لِلَّذِى أُعْمِرَهَا ، حَيًّا ومَيِّتًا ، ولِعَقِبِهِ » . ولأنَّا لو أجَزْنا هذا الشَّرْطَ ، كانت هِبَةً مُؤَقَّتَةً ، والهِبَةُ لا يجوزُ فيها التَّأْقِيتُ[22] ، و لم يُفْسِدْها الشَّرْطُ ؛ لأنَّه ليس بِشَرْطٍ على المُعْمَرِ ، وإنَّما شَرْطُ ذلك على وَرَثَتِه ، ومتى لم يكُنِ الشَّرْطُ مع المَعْقُودِ معه ، لم يُؤَثِّرْ فيه . وأمَّا قولُه فى الحَدِيثِ الآخَرِ : إنَّه أعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فيه المَوَارِيثُ . /فهذه الزِّيَادَةُ من كلامِ أبى سَلَمةَ بن عبد الرحمنِ ، كذلك رَوَاه ابنُ أبى ذِئْبٍ[23] ، وفَصَّلَ هذه الزِّيَادَةَ فقال عن النبىِّ ﷺ ، إنَّه قَضَى فى مَن أُعْمِرَ عُمْرَى له ولِعَقِبِه ، فهى له بَتْلَةً[24] ، لا يَجُوزُ لِلْمُعْطِى فيها شَرْطٌ ولا مَثْنَوِيَّةٌ[25] . قال أبو سَلَمةَ : لأنَّه أعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فيه المَوارِيثُ .

١٨١/٥ و

فصل : والرُّقْبَى هى أن يقول : هذا لك عُمُرَكَ ، فإن مُتَّ قَبْلِى رَجَعَ إلىَّ ، وإن مُتُّ قَبْلَكَ فهو لك . ومَعْناه هى لآخِرِنا مَوْتًا . وكذلك فَسَّرَها مجاهِدٌ . سُمِّيَتْ رُقْبَى لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَرْقُبُ مَوْتَ صاحِبِه . وقد رُوِىَ عن أحمدَ أنَّه قال : هى أن يقولَ : هى لك حَيَاتَكَ ، فإذا مُتَّ فهى لِفُلانٍ ، أو هى راجِعَةٌ إلىَّ . والحُكْمُ فيها على ما تَقَدَّمَ

---

(٢١) فى : المسند ٢/٣٤ ، ٧٣ .

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى الأصل : « ذؤيب » .

وأخرج الحديث مسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ٣/١٢٤٦ . والنسائى ، فى باب ذكر الاختلاف على الزهرى فيه ، من كتاب العمرى . المجتبى ٦/٢٣٣ .

(٢٤) بتلة : مقطوعة .

(٢٥) المثنوية : الاستثناء .

ذِكْرُه ، وأنَّها كالعُمْرَى إذا شَرَطَ عَوْدَها إلى المُعْمِرِ . وقال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : العُمْرَى والرُّقْبَى سواءٌ . وقال طاوُسٌ : مَن أُرْقِبَ شيئا فهو على سَبِيلِ المِيرَاثِ . وقال الزُّهْرِىُّ : الرُّقْبَى وَصِيَّةٌ . يعنى أنَّ مَعْناها إذا مُتُّ فهذا لك . وقال الحَسَنُ ، ومالِكٌ ، وأبو حَنِيفةَ : الرُّقْبَى باطِلَةٌ ؛ لما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أجازَ العُمْرَى ، وأبْطَلَ الرُّقْبَى[26] . ولأنَّ مَعْناها أنَّها للآخِرِ مِنَّا ، وهذا تَمْلِيكٌ مُعَلَّقٌ بخَطَرٍ ، ولا يجوزُ تَعْلِيقُ التَّمْلِيكِ بالخَطَرِ . ولَنا ، ما رَوَيْناه من الأخْبارِ ، وحَدِيثُهم لا نَعْرِفُه ، ولا نُسَلِّمُ أنَّ مَعْناها ما ذَكَرُوه ، بل مَعْناها أنَّها لك حَياتَكَ ، فإن مُتَّ رَجَعَتْ إلىَّ . فتكونُ كالعُمْرَى سواءً ، إلَّا أنه زادَ شَرْطَها لِوَرَثَةِ المُرْقَبِ ، إن ماتَ المُرْقَبُ قبلَه ، وهذا يُبَيِّنُ تأْكِيدَها على العُمْرَى .

فصل : وتَصِحُّ العُمْرَى فى غير العَقَارِ ، من الحَيَوانِ ، والنَّباتِ[27] ؛ لأنَّها نَوْعُ هِبَةٍ ، فصَحَّتْ فى ذلك ، كسائِرِ الهِبَاتِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ فى الرَّجُلِ يُعْمَرُ الجارِيَةَ : فلا أرَى له وَطْأها . قال القاضى : لم يَتَوَقَّفْ أحمدُ عن وَطْءِ الجارِيَةِ لِعَدَمِ المِلْكِ فيها ، لكنْ على طَرِيقِ الوَرَعِ ؛ لأنَّ الوَطْءَ اسْتِباحَةُ فَرْجٍ ، وقد اخْتُلِفَ فى صِحَّةِ العُمْرَى ، وجَعَلَها بعضُهم تَمْلِيكَ المنافِعِ ، فلم يَرَ له وَطْأَها لهذا ، ولو وَطِئَها كان جائِزًا .

---

(٢٦) حديث إجازة العمرى ، أخرجه البخارى ، فى : باب ما قيل فى العمرى ، من كتاب الهبة . صحيح البخارى ٢١٦/٣ . ومسلم ، فى : باب العمرى ، من كتاب الهبات . صحيح مسلم ١٢٤٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى العمرى ، وباب من قال فيه : ولعقبه ، وباب فى الرقبى ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٦٣/٢ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى العمرى ، وباب ما جاء فى الرقبى ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٩٩/٦ ، ١٠٠ ، ١٠١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥٠/١ ، ٣٤٧ ، ٤٢٩ ، ٤٦٨ ، ٤٨٩ ، ٢٩٧/٣ ، ٣٠٣ ، ٣١٩ ، ٣٦١ ، ٣٦٤ ، ٣٩٢ .

وحديث النهى عن الرقبى . أخرجه النسائى ، فى : باب الاختلاف على أبى الزبير ، من كتاب الرقبى . المجتبى ٢٢٧/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الرقبى ، من كتاب الهبات . سنن ابن ماجه ٧٩٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦/٢ ، ٣٤ ، ٧٣ ، ١٨٩/٥ .

(٢٧) فى م : « والثياب » .

فصل : وإن وَقَّتَ الهِبَةَ إلى غيرِ العُمْرَى والرُّقْبَى ، فقال : وَهَبْتُكَ هذا لِسَنَةٍ ، أو إلى أن يَقْدَمَ الحاجُّ ، أو إلى أن يَبْلُغَ وَلَدِى ، أو مُدَّةَ حَيَاةِ فُلانٍ . ونحو هذا ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها تَمْلِيكٌ لِلرَّقَبةِ ، فلم تَصِحَّ مُؤَقَّتَةً ، كالبَيْعِ ، وتُفارِقُ العُمْرَى والرُّقْبَى ؛ لأنَّ الإِنْسانَ إنَّما يَمْلِكُ الشيءَ عُمْرَه ، فإذا مَلَكَه عُمْرَه فقد وَقَّتَه بما هو مُؤَقَّتٌ به فى الحَقِيقةِ ، فصارَ ذلك كالمُطْلَقِ . وإن شَرَطَ رُجُوعَها إليه بعدَ ذلك ، كان شَرْطًا على غيرِ المَوْهُوبِ / له ، بخِلَافِ غيرِه . ١٨١/٥ ظ

٩٣٨ - مسألة ؛ قال : (**وَإنْ قَالَ : سُكْنَاهَا لَكَ عُمُرَكَ . كَانَ لَهُ أخْذُهَا أىَّ وَقْتٍ أحَبَّ ؛ لأنَّ السُّكْنَى لَيْسَتْ كالعُمْرَى والرُّقْبَى**)

أمَّا إذا قال : سُكْنَى هذه الدَّار لك عُمُرَكَ ، أو اسْكُنْها[1] عُمُرَكَ . أو نحو ذلك ، فليس ذلك بعَقْدٍ لازمٍ ؛ لأنَّه فى التَّحْقِيقِ هِبَةُ المَنافِعِ ، والمَنافِعُ إنَّما تُسْتَوْفَى بمُضِىِّ الزَّمانِ شيئا فشيئا ، فلا تَلْزَمُ إلَّا فى قَدْرِ ما قَبَضَه منها واسْتَوْفاه بالسُّكْنَى . ولِلْمُسْكِنِ الرُّجُوعُ متى شاءَ ، وأيُّهما ماتَ بَطَلَتِ الإباحَةُ . وبهذا قال أكْثَرُ العُلَماءِ ، وجَماعَةُ أهْلِ الفَتْوَى ، منهم ؛ الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْى . ورُوِى مَعْنَى ذلك عن حَفصَةَ . وقال الحَسَنُ ، وعَطَاءٌ ، وقَتَادَةُ : هى كالعُمْرَى ، تكونُ له ولِعَقِبه ؛ لأنَّها فى مَعْنَى العُمْرَى ، فيَثْبُتُ فيها مثل حُكْمِها . وحُكِى عن الشَّعْبِىِّ أنَّه إذا قال : هى لك ، اسْكُنْ حتى تَمُوتَ . فهى له حَيَاتَه ومَوْتَه . وإن قال : دَارِى هذه اسْكُنْها حتى تَمُوتَ . فإنَّها تَرْجِعُ إلى صَاحِبِها ؛ لأنَّه إذا قال : هى لك . فقد جَعَلَ له رَقَبَتَها ، فتكون عُمْرَى . فإذا قال : اسْكُنْ دارِى هذه . فإنَّما جَعَلَ له نَفْعَها دون رَقَبَتِها ، فتكون عارِيَّةً . ولَنا ، أنَّ هذا إباحَةُ المَنافِعِ ، فلم يَقَعْ لازِمًا كالعارِيَّةِ . وفارَقَ العُمْرَى فإنَّها هِبَةٌ لِلرَّقَبةِ . فأمَّا إذا قال : هذه لك ، اسْكُنْها حتى تَمُوتَ . فإنَّه يَحْتَمِلُ[2] لك سُكْنَاها حتى تَمُوتَ .

---

(١) فى الأصل : « أسكنتها » .

(٢) فى الأصل : « يحصل » .

وتَفْسِيرُها بذلك دَلِيلٌ على أنَّه أرادَ السُّكْنَى ، فأشْبَهَ ما لو قال : هذه لك سُكْنَاها . وإذا احْتَمَلَ أن يُرِيدَ به الرَّقَبةَ ، واحْتَمَلَ أن يُرِيدَ السُّكْنَى ، فلا نُزِيلُ مِلْكَه بالاحْتِمالِ .

فصل : إذا وَهَبَ هِبَةً فاسِدَةً ، أو باعَ بَيْعًا فاسِدًا ، ثم وَهَبَ تلك العَيْن ، أو باعَها بعَقْدٍ صَحِيحٍ ، مع عِلْمِه بفَسادِ الأوَّل ، صَحَّ العَقْدُ الثانى ؛ لأنَّه تَصرَّفَ فى مِلْكِه ، عالِمًا بأنَّه مِلْكُه . وإن كان يَعْتَقِدُ صِحَّةَ العَقْدِ الأوَّلِ ، ففى صِحَّةِ الثانى وَجْهانِ ؛ أحدهما ، صَحَّتُه ؛ لأنَّ تَصرُّفَه صادَفَ مِلْكَه ، وتَمَّ بشُرُوطِه ، فصَحَّ ، كما لو عَلِمَ فَسادَ الأوَّلِ . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه تَصرَّفَ تَصرُّفًا يَعْتَقِدُ فَسادَه ، فَفَسَدَ [3] ، كما لو صَلَّى يَعْتَقِدُ أنَّه مُحْدِثٌ ، فبانَ مُتطَهِّرًا . وهكذا لو تَصرَّفَ فى عَيْنٍ يَعْتَقِدُ أنَّها لأبِيه ، فبانَ أنَّه قد ماتَ ومَلَكَها بالمِيرَاثِ ، أو غَصَبَ عَيْنَها فباعَها يَعْتَقِدُها مَغْصُوبةً ، فبانَ أنَّها مِلْكُه ، فعلى الوَجهَيْنِ . قال القاضى : أصْلُ الوَجْهَيْنِ مَن باشَرَ امْرَأةً بطَلَاقٍ يَعْتَقِدُها أجْنَبِيَّةً ، فبانَتِ امْرَأتُه ، أو واجَه بالعِتْقِ مَن /يَعتَقِدُها حُرَّةً ، فبانَتْ أمَتُه ، ففى وُقُوعِ الطَّلَاقِ والحُرِّيَّةِ رِوَايتانِ . ولِلشّافِعِيَّةِ فى هذه المَسائِلِ وَجْهانِ ، كما حَكَيْنا . واللهُ أعلمُ .

٥/١٨٢ و

(٣) فى النسخ : « ففسده » .

كتابُ اللُّقَطَةِ

وهى المالُ الضائِعُ من رَبِّه ، يَلْتَقِطُه غيرُه . قال الخَلِيلُ بن أحمدَ : اللُّقَطَةُ ، بِفَتْحِ القافِ : اسم لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لأنَّ ما جَاءَ على فُعَلَةٍ ، فهو اسْمٌ لِلْفاعِلِ ، كقَوْلِهم : هُمَزَة ولُمَزَة وضُحَكَة وهُزَأَة . واللُّقْطَةُ ، بِسُكُونِ القافِ : المالُ المَلْقُوطُ ، مثل الضُّحْكَةِ الذى يُضْحَكُ منه ، والهُزْأَة الذى يُهْزَأُ به . وقال الأصْمَعِىُّ ، وابنُ الأعْرَابِىِّ ، والفَرَّاءُ : هى بِفَتْحِ القافِ ، اسْمٌ للمالِ المَلْقُوطِ أيضا . والأصْلُ فى اللُّقَطَةِ ما رَوَى زَيْدُ بن خالِدٍ الجُهَنِىّ قال : سُئِلَ رسولُ اللهِ ﷺ عن لُقَطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ ، فقال : « اعْرِفْ وِكَاءَهَا ، وعِفَاصَهَا ، ثم عَرِّفْها سَنَةً ، فَإِنْ لم تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، ولْتَكُنْ وَدِيعَةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ » . وسَأَلَهُ عن ضالَّةِ الإِبِلِ ، فقال : « مَالَكَ ولَهَا ، دَعْهَا ، فَإِنَّ مَعَها حِذَاءَها وسِقَاهَا ، تَرِدُ الْماءَ[1] ، وتَأْكُلُ الشَّجَرَ ، حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّها » . وسَأَلَه عن الشَّاةِ ، فقال : « خُذْهَا ، فَإِنَّمَا هِىَ لَكَ ، أَوْ لأَخِيكَ ، أَوْ لِلذِّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . والوِكَاءُ : الخَيْطُ الذى يُشَدُّ به المالُ فى الخِرْقَةِ . والعِفَاصُ : الوِعَاءُ الذى هى فيه ، من خِرْقَةٍ أو قِرْطاسٍ أو غيرِه . قالَه

---

(1) فى م : « المال » خطأ .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب الغضب فى الموعظة والتعليم ... ، من كتاب العلم ، وفى : باب شرب الناس والدواب من الأنهار ، من كتاب المساقاة ، وفى : باب ضالة الإبل ، وباب ضالة الغنم ، وباب إذا لم يوجد صاحب اللقطة ... ، وباب إذا جاء صاحب اللقطة ... ، وباب من عرف اللقطة و لم يدفعها ... من كتاب اللقطة ، وفى : باب ما يجوز من الغضب والشدة ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١/٣٤ ، ٣/١٤٩ ، ١٦٣ ، ١٦٥ ، ١٦٦ ، ٨/٣٤ . ومسلم ، فى : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ٣/١٣٤٧ ، ١٣٤٨ ، ١٣٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٥ ، ٣٩٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٣٦ . وابن ماجه ، فى : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٧ ، ٨٣٨ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١١٥ ، ١١٦ ، ١١٧ .

أبو عُبَيْدٍ . والأصْلُ فى العِفَاصِ أنّه الجِلْدُ الذى يُلْبِسُه رَأْسَ القارُورَةِ . قوله : « مَعَهَا حِذَاءَها » . يَعْنِى خُفَّها ، فإنَّه لِقُوَّتِه وصَلَابَتِه يَجْرِى مَجْرَى الحِذَاءِ . وسِقَاؤُها : بَطْنُها ؛ لأنّها تَأْخُذُ فيه ماء كَثِيرًا ، فيَبْقَى معها يَمْنَعُها العَطَشَ . والضَّالَّةُ : اسْمٌ للحَيوانِ[3] خاصّةً ، دُونَ سائِرِ اللُّقَطَةِ ، والجَمْعُ ضَوالُّ ، ويقال لها أيضا : الهَوَامِى والهَوَافِى والهَوَامِلُ .

فصل : قال إمامُنا ، رَحِمَهُ اللهُ : الأفْضَلُ تَرْكُ الالتِقَاطِ . ورُوِى مَعْنَى ذلك عن ابن عَبَّاسٍ ، وابنِ عُمَرَ . وبه قال جابِرُ بنُ زَيْدٍ ، والرَّبِيعُ بن خُثَيْمٍ[4] ، وعَطاءٌ . ومَرَّ شُرَيْحٌ بِدِرْهَمٍ ، فلم يَعْرِضْ له . واخْتارَ أبو الخَطّابِ أنّه[5] إذا وَجَدَها بمَضْيَعَةٍ ، وأمِنَ نَفْسَه عليها ، فالأفْضَلُ أخْذُها . وهذا قول الشافِعِىِّ . وحُكِىَ عنه قولٌ آخر ، أنَّه يَجِبُ أخْذُها ؛ لقولِ الله تعالى / : ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾[6] . فإذا كان وَلِيَّه ، وَجَبَ عليه حِفْظُ مالِه . وممَّن رَأَى أخْذَها سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحَسَنُ بن صالِحٍ ، وأبو حنيفَةَ . وأخَذَها أُبَىُّ بن كَعْبٍ ، وسُوَيْدُ بن غَفَلَةَ . وقال مالِكٌ : إن كان شيئا له بالٌ ، يَأْخُذُه أحَبُّ إلىَّ ، ويُعَرِّفُه ؛ لأنَّ فيه حِفْظَ مالِ المُسْلِمِ عليه ، فكان أَوْلَى من تَضْيِيعِه ، وتَخْلِيصِه من الغَرَقِ . ولَنا ، قول ابن عُمَرَ ، وابن عَبّاسٍ ، ولا نَعْرِفُ لهما مُخَالِفًا فى الصَّحابَةِ ، ولأنَّه تَعْرِيضٌ لِنَفْسِه لأكْلِ الحَرَامِ ، وتَضْيِيعِ الواجِبِ من تَعْرِيفِها ، وأداءِ الأمَانةِ فيها ، فكان تَرْكُه أَوْلَى وأسْلَمَ ، كوِلَايَةِ مالِ اليَتِيمِ ، وتَخْلِيلِ الخَمْرِ ، وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالضَّوَالِّ ، فإنَّه لا يجوزُ أخْذُها مع ما ذَكَرُوه ، وكذلك وِلَايَةُ مالِ الأيْتامِ .

١٨٢/٥ ظ

---

(٣) فى م : « الحيوان » .

(٤) فى النسخ : « خيثم » . وهو الربيع بن خثيم بن عبد الله الثورى الكوفى ، توفى بعد قتل الحسين سنة ثلاث وستين . تهذيب التهذيب ٣/٢٤٢ .

(٥) سقط من : م .

(٦) سورة التوبة ٧١ .

٩٣٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَجَدَ لُقَطَةً ، عَرَّفَها سَنَةً فِي الأَسْوَاقِ ، وأبْوابِ الْمَسَاجِدِ)

وجُمْلَتُه أنَّ فى التَّعْرِيفِ سِتَّةَ فُصُولٍ ؛ فى وُجُوبِه ، وقَدْرِه ، وزَمَانِه ، ومَكَانِه ، وكَيْفِيَّتِه ، ومن يَتَوَلَّاهُ . أمَّا وُجُوبُه ، فإنَّه واجِبٌ على كلِّ مُلْتَقِطٍ ، سواءٌ أرادَ تَمَلُّكَها أو حِفْظَها لِصَاحِبِها . وقال الشافِعِىُّ : لا تَجِبُ على من أرادَ حِفْظَها لِصاحِبِها . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَ به زَيْدَ بن خالِدٍ[1] ، وأُبَىَّ بن كَعْبٍ[2] ، ولم يُفَرِّقْ ، ولأنَّ حِفْظَها لِصَاحِبِها إنَّما يُقَيَّدُ بإيصَالِها إليه . وطَرِيقُه التَّعْرِيفُ[3] ، أما بَقَاؤُها فى يَدِ المُلْتَقِطِ من غيرِ وُصُولِها إلى صاحِبِها ، فهو وهَلَاكُها سِيَّان ، ولأنَّ إمْسَاكَها من غيرِ تَعْرِيفٍ ، تَضْيِيعٌ لها عن صاحِبِها ، فلم يَجُزْ ، كَرَدِّها إلى مَوْضِعِها ، أو إلْقائِها فى غيرِه ، ولأنَّه لو لم يَجِب التَّعْرِيفُ ، لما جازَ الالْتِقاطُ ؛ لأنَّ بَقاءَها فى مَكانِها إذًا أقْرَبُ إلى وُصُولِها إلى صَاحِبِها ، إمَّا بأن يَطْلُبَها فى المَوْضِعِ الذى ضاعَتْ فيه فيَجِدَها ، وإمَّا بأن يَجِدَها مَن يَعْرِفُها ، وأَخْذُ هذا[4] لها يُفَوِّتُ الأمْرَيْنِ ، فيَحْرُمُ ، فلما جازَ الالْتِقاطُ وَجَبَ التَّعْرِيفُ ، كيلا يَحْصُلَ هذا الضَّرَرُ . ولأنَّ التَّعْرِيفَ واجِبٌ على مَن أرادَ تَمَلُّكَهَا ، فكذلك على مَن أرادَ حِفْظَها ، فإنَّ التَّمَلُّكَ[5] غيرُ واجِبٍ ، فلا تَجِبُ الوَسِيلَةُ إليه ، فيَلْزَمُ أن يكونَ الوُجُوبُ فى المَحَلِّ المُتَّفَقِ عليه ، لِصِيانَتِها عن الضَّياعِ عن صَاحِبِها ، وهذا مَوْجُودٌ فى مَحَلِّ النِّزاعِ .

---

(١) تقدم تخريج حديثه فى صفحة ٢٩٠ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب وإذا أخبر رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ، وباب هل يأخذ اللقطة ولا يدعها تضيع ... من كتاب اللقطة . صحيح البخارى ٣/١٦٢ ، ١٦٦ . ومسلم ، فى : كتاب اللقطة . صحيح مسلم ٣/١٣٥٠ ، ١٣٥١ . وأبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٤٣ .

(٣) فى م : « العريف » .

(٤) فى ا ، ب ، م : « وأخذه » .

(٥) فى م : « التمليك » .

/ **الفصل الثانى** : فى قَدْرِ التَّعْرِيفِ ، وذلك سَنَةٌ . رُوِى ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وابن عبَّاسٍ . وبه قال ابنُ المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِىُّ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرأى . ورُوِى عن عمرَ ، رِوَايةٌ أخرى ، أنَّه يُعَرِّفُها ثلاثةَ أشْهُرٍ . وعنه ثلاثةَ أعْوامٍ ؛ لأنَّ أُبَىَّ بن كَعْبٍ رَوَى أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أمَرَه بِتَعْرِيفِ مائةِ الدِّينَارِ ثلاثةَ أعْوامٍ . وقال أبو أيُّوبَ الهاشِمِىُّ : ما دون الخَمْسِينَ دِرْهَمًا يُعَرِّفُها ثلاثةَ أيامٍ إلى سَبْعةِ أيامٍ . وقال الحَسَنُ بن صالحٍ : ما دون عَشَرَةِ دَرَاهِم يُعَرِّفُها ثلاثةَ أيامٍ . وقال الثَّوْرِىُّ فى الدِّرْهَمِ : يُعَرِّفُه أرْبعةَ أيامٍ . وقال إسحاقُ : ما دون الدِّينَارِ يُعَرِّفُه جُمُعةً أو نحوَها . ورَوَى أبو إسحاقَ الْجُوزَجَانِىُّ ، بإسْنادِه ، عن يَعْلَى بن أُمَيَّةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنِ الْتَقَطَ دِرْهَمًا ، أوْ حَبْلًا ، أو شِبْهَ ذٰلِكَ ، فَلْيُعَرِّفْهُ ثَلَاثَةَ أيَّامٍ ، فَإِنْ كَانَ فَوْقَ ذٰلِكَ ، فَلْيُعَرِّفْهُ سَبعةَ أيَّامٍ »[6] . ولنا : حَدِيثُ زَيْدِ بن خالِدٍ الصَّحِيحُ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَه بعامٍ واحِدٍ ، ولأنَّ السَّنَةَ لا تَتَأَخَّرُ عنها القَوَافِلُ ، ويَمْضِى فيها الزَّمانُ الذى تُقْصَدُ فيه البِلَادُ ، من الحَرِّ والبَرْدِ والاعْتِدَالِ ، فصَلُحَتْ قَدْرًا كمُدَّةِ أجَلِ العِنِّينِ[7] . وأمَّا حَدِيثُ أُبَىٍّ ، فقد قال الرَّاوِى : لا أدْرِى ثلاثةَ أعْوامٍ أو عام واحد . قال أبو دَاوُدَ : شَكَّ الرَّاوِى فى ذلك . وحَدِيثُ يَعْلَى لم يَقُلْ به قائِلٌ على وَجْهِه ، وحَدِيثُ زَيْدٍ وأُبَىٍّ أصَحُّ منه وأوْلَى . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَجِبُ أن تكونَ هذه السَّنَةُ تَلِى الالْتِقَاطَ ، وتكونُ مُتَوَالِيَةً فى نَفْسِها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أمَرَ بتَعْرِيفِها حين سُئِلَ عنها ، والأمْرُ يَقْتَضِى الفَوْرَ ، ولأنَّ القَصْدَ بالتَّعْرِيفِ وُصُولُ الخَبَرِ إلى صاحِبِها ، وذلك يَحْصُلُ بالتَّعْرِيفِ عَقِيبَ ضَيَاعِها مُتَوَالِيًا ؛ لأنَّ صاحِبَها فى الغالِبِ إنَّما يَتَوَقَّعُها ويَطْلُبُها عَقِيبَ ضَيَاعِها ، فيَجِبُ تَخْصِيصُ التَّعْرِيفِ به .

183/5 و

(6) انظر : ما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند 173/4 . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى 195/6 . والهيثمى ، فى : باب اللقطة ، من كتاب البيوع . مجمع الزوائد 169/4 . وابن حجر ، فى مجمع الزوائد 74/3 . وكل ذلك عن يعلى بن مرة ، وليس يعلى بن أمية .

(7) فى م : « العين » .

الفصل الثالث : فى زَمَانِه ، وهو النَّهَارُ دون اللَّيْلِ ؛ لأنَّ النَّهَارَ مَجْمَعُ الناسِ ومُلْتَقَاهُم دون اللَّيْلِ ، ويكونُ ذلك فى اليَوْمِ الذى وَجَدَها ، والأُسْبُوع أكْثَر ؛ لأنَّ الطَّلَبَ فيه أكْثَرُ ، ولا يَجِبُ فيما بعدَ ذلك مُتَوَالِيًا . وقد رَوَى الْجُوزَجَانِيُّ بإسْنادِه ، عن مُعَاوِيَةَ بن عبدِ اللهِ عن زَيْدٍ الجُهَنِيِّ ، قال : نَزَلْنَا مُنَاخَ رَكْبٍ ، فوَجَدْتُ / خِرْقَةً فيها قَرِيبٌ من مائةِ دِينَارٍ ، فجئْتُ بها إلى عمرَ ، فقال : عَرِّفْها ثَلَاثَةَ أيَّامٍ على بابِ المَسْجِدِ ، ثم أمْسِكْها حتى قَرْنِ السَّنَةِ ، ولا يَفِدُ من رَكْبٍ إلا نَشَدْتَها ، وقُلْتَ : الذَّهَبُ بِطَرِيقِ الشَّامِ . ثم شَأْنَكَ بها[8] .

١٨٣/٥ ظ

الفصل الرابع : فى مَكَانِه ، وهو الأسْوَاقُ ، وأبوابُ المسَاجِدِ والجَوامِعِ ، فى الوَقْتِ الذى يَجْتَمِعُونَ فيه ، كأدْبارِ الصَّلَواتِ فى المسَاجِدِ ، وكذلك فى مَجَامِعِ الناسِ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ إشَاعَةُ ذِكْرِها ، وإظْهَارُها ، لِيَظْهَرَ عليها صَاحِبُها ، فيَجِبُ تَحَرِّى مجامِعِ الناسِ ، ولا يُنْشِدُها فى المَسْجِدِ ؛ لأنَّ المَسْجِدَ لم يُبْنَ لهذا . وقد رَوَى أبو هُرَيْرةَ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنْ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ ضَالَّةً فى الْمَسْجِدِ ، فَلْيَقُلْ : لَا رَدَّها اللهُ إلَيْكَ ، فَإنَّ المسَاجِدَ لَمْ تُبْنَ لِهٰذَا »[9] . وأمَرَ عُمَرُ واجِدَ اللُّقَطَةِ بتَعْرِيفِها[10] على بابِ المَسْجِدِ .

---

(٨) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى اللقطة ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٧/٢ ، ٧٥٨ . وليس فيه لفظ : « عرفها ثلاثة أيام » . والبيهقى ، فى : باب تعريف اللقطة ومعرفتها والإشهاد عليها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٣/٦ .

(٩) أخرجه مسلم ، فى : باب النهى عن نشد الضالة ... ، من كتاب المساجد . صحيح مسلم ٣٩٧/١ . وأبو داود ، فى : باب كراهية إنشاد الضالة فى المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن أبى داود ١١١/١ . والترمذى ، فى : باب النهى عن البيع فى المسجد ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٦١/٦ ، وابن ماجه ، فى : باب النهى عن إنشاد الضوال فى المسجد ، من كتاب المساجد . سنن ابن ماجه ٢٥٢/١ . والدارمى ، فى : باب النهى عن استنشاد الضالة فى المسجد ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ٣٢٦/١ . و الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٤٩/٢ ، ٤٢٠ .

(١٠) فى م : « تعريفها » .

الفصل الخامس : فيمن يَتَوَلَّاهُ ، ولِلْمُلْتَقِطِ أن يَتَوَلَّى ذلك بِنَفْسِه ، وله أن يَسْتَنِيبَ فيه ، فإن وَجَدَ مُتَبَرِّعًا بذلك ، وإلَّا إن احْتاجَ إلى أجْرٍ ، فهو على المُلْتَقِطِ . وبهذا قال الشافِعِيُّ وأصْحابُ الرأى . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ ، أنَّه إن قَصَدَ الحِفْظَ لِصَاحِبِها دُونَ تَمَلُّكِها ، رَجَعَ بالأجْرِ على مالِكِها . وكذلك قال ابنُ عَقِيلٍ ، فيما لا يُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ ؛ لأنَّه من مُؤْنَةِ إيصَالِها إلى صاحِبِها ، فكان على مالِكِها ، كأجْرِ مَخْزَنِها ورَعْيِها وتَجْفِيفِها . ولَنا ، أنَّ هذا أجْرٌ واجِبٌ على المُعَرِّفِ ، فكان عليه ، كما لو قَصَدَ تَمَلُّكَها ، ولأنَّه لو وَلِيَه بِنَفسِه ، لم يكُنْ له أجْرٌ على صاحِبِها ، فكذلك إذا اسْتَأْجَرَ عليه لا يَلْزَمُ صاحِبَها شيءٌ ، ولأنَّه سَبَبٌ لِتَمَلُّكِها[11] ، فكان على المُلْتَقِطِ ، كما لو قَصَدَ تَمَلُّكَها . وقال مالِكٌ : إن أعْطَى منها شيئا لمن عَرَّفَها ، فلا غُرْمَ عليه ، كما لو دَفَعَ منها شيئا لِمَن حَفِظَها[12] . وقد ذَكَرْنا الدَّلِيلَ على ذلك .

الفصل السادس : فى كَيْفِيَّةِ التَّعرِيفِ ، وهو أن يَذْكُرَ جِنْسَها (13لا غيرُ13) ، فيقولَ : من ضاعَ منه ذَهَبٌ أو فِضَّةٌ أو دَنَانِيرُ أو ثِيَابٌ . ونحو ذلك ؛ لقولِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لواجِدِ الذَّهَبِ : [قل : الذهبُ] بطَرِيقِ الشَّامِ . ولا يَصِفُها ؛ لأنَّه لو وَصَفَها لَعَلِمَ صِفَتَها مَن يَسْمَعُها ، فلا تَبْقَى صِفَتُها دَلِيلاً على مِلْكِها ، لمُشَارَكَةِ غيرِ المالِكِ فى ذلك ، ولأنَّه لا يَأْمَنُ أن يَدَّعِيَها بعضُ من سَمِعَ / صِفَتَها[14] ، ويَذْكُرَ صِفَتَها التى يَجِبُ دَفْعُها بها ، فيَأْخُذَها وهو لا يَمْلِكُها ، فتَضِيعَ على مالِكِها .

١٨٤/٥ و

فصل : لم يُفَرِّق الخِرَقِيُّ بين يَسِيرِ اللُّقَطَةِ وكَثِيرِها . وهو ظاهِرُ المذهبِ ، إلَّا فى اليَسِيرِ الذى لا تَتْبَعُه النَّفْسُ ، كالتَّمرةِ والكِسرَةِ والخِرْقَةِ ، وما لا خَطَرَ له ، فإنَّه لا بَأْسَ بأَخْذِه والانْتِفَاعِ به من غيرِ تَعرِيفٍ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لم يُنْكِرْ على واجِدِ التَّمْرَةِ

---

(١١) فى م : « لملكها » .

(١٢) فى م : « جففها » .

(١٣ – ١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) فى م زيادة : « من سمع » .

حيثُ أكَلَها ، بل قال له : « لَوْ لَمْ تَأْتِهَا لأَتَتْكَ »[(١٥)] . ورَأى النبىُّ ﷺ تَمْرَةً فقال : « لَوْلَا أنِّى أخْشَى أنْ تَكُونَ مِنَ الصَّدَقَةِ ، لَأَكَلْتُها »[(١٦)] . ولا نَعْلَمُ خِلَافًا بين أهْلِ العِلْمِ فى إبَاحَةِ أخْذِ اليَسِيرِ والانْتِفَاعِ به[(١٧)] ، وقد رُوِى ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وابن عمرَ ، وعائِشَةَ ، وبه قال عَطَاءٌ ، وجابِرُ بن زَيْدٍ ، وطاوُسٌ ، والنَّخَعِىُّ ، ويحيى ابن أبى كَثِيرٍ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وليس عن أحمدَ وأكْثَرِ مَنْ ذَكَرْنا تَحْدِيدُ اليَسِيرِ الذى يُبَاحُ . وقال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ : لا يَجِبُ تَعْرِيفُ ما لا يُقْطَعُ به السَّارِقُ ، وهو رُبْعُ دِينَارٍ عندَ مالِكٍ ، وعَشْرَةُ دَرَاهِمَ عند أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ما دون ذلك تافِهٌ ، فلا يَجِبُ تَعرِيفُه ، كالكِسْرَةِ والتَّمْرَةِ ، والدَّلِيلُ على أنَّه تافِهٌ قولُ عائِشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها : كانوا لا يَقْطَعُونَ فى الشىءِ التَّافِهِ . ورُوِى عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه وَجَدَ دِينَارًا فتصَرَّفَ فيه[(١٨)] . ورَوَى الْجُوزَجَانِىُّ ، عن سَلْمَى بنت كَعبٍ ، قالت : وَجَدْتُ خاتَمًا من ذَهَبٍ ، فى طَرِيقِ مَكَّةَ ، فسَأَلْتُ عائِشَةَ عنه ، فقالت : تَمتَّعِى به[(١٩)] . ورَوَى أبو دَاوُدَ[(٢٠)] ، بإسْنادِه عن جابِرٍ ، قال : رَخَّصَ لنا رسولُ اللهِ ﷺ فى العَصَا والسَّوْطِ والحَبْلِ وأشْبَاهِه ، يَلْتَقِطُه الرَّجُلُ يَنْتَفِعُ به . والحَبْلُ قد يكون قِيمَتُه دَرَاهِمَ . وعن ابن ماجَه[(٢١)] بإسْنادِه ، عن سُوَيْدِ بن غَفَلَةَ ، قال : خَرَجْتُ مع سَلْمَانَ بنِ رَبِيعَةَ ، وزَيْدِ بنِ صُوحَانَ ، حتى إذا كُنَّا بالعُذَيْبِ ، الْتَقَطْتُ

---

(١٥) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

(١٦) تقدم تخريجه فى : ١١٦/٤ .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) أخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ٣٩٨/١ .

(١٩) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى اللقطة ما يصنع بها ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٤٦١/٦ .

(٢٠) فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ٣٩٩/١ .
كما أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قليل اللقطة ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ١٩٥/٦ .

(٢١) فى : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ .
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللقطة وضالة الإبل والغنم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٤١/٦ .

سَوْطًا ، فقَالَا لِى : أَلْقِه . فأَبَيْتُ ، فلمَّا[22] قَدِمْنَا المَدِينَةَ ، أَتَيْتُ أُبَىَّ بنَ كَعْبٍ ، فذَكَرْتُ ذلك له ، فقال : أَصَبْتَ . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وللشافِعِيَّةِ فيه[23] ثلاثةُ أَوْجُهٍ كالمَذَاهِبِ الثَّلَاثَةِ . ولَنا ، على إبْطالِ تَحْدِيدِه بما ذَكَرُوه ، أَنَّ حَدِيثَ زَيْدِ بن خالِدٍ عامٌّ فى كلِّ لُقَطَةٍ ، فيَجِبُ إبْقاؤُه على عُمُومِه ، إلَّا ما خرَج منه بالدَّلِيلِ / ، ولم يَرِدْ بما ذَكَرُوه نَصٌّ ، ولا هو فى مَعْنَى ما وَرَدَ النَّصُّ به . ولأَنَّ التَّحْدِيدَ والتَّقْدِيرَ لا يُعْرَفُ بالقِيَاسِ ، وإنَّما يُؤْخَذُ من نَصٍّ أو إجْماعٍ ، وليس فيما ذَكَرُوه نَصٌّ ولا إجماعٌ . وأمَّا حَدِيثُ علىٍّ ، فهو ضَعِيفٌ ، رَوَاه أبو داوُدَ وقال : طُرُقُه كلها مُضْطَرِبَةٌ . ثم هو مُخَالِفٌ لِمَذْهَبِهِم ولِسَائِرِ المَذَاهِبِ ، فتَعَيَّنَ حَمْلُه على وَجْهٍ من الوُجُوه غيرِ اللُّقَطَةِ ، إمَّا لِكَوْنِه مُضْطَرًّا إليه أو غيرِ ذلك ، وحَدِيثُ عائِشَةَ قَضِيَّةٌ فى عَيْنٍ ، لا يُدْرَى كم قَدْرُ الخاتَمِ ، ثم هو قول صَحَابِىٍّ ، وكذلك حَدِيثُ علىٍّ[24] ، وهم لا يَرَوْنَ ذلك حُجَّةً ، وسائِرُ الأحادِيثِ ليس فيها تَقْدِيرٌ ، لكن يُبَاحُ أَخْذُ ما ذَكَرَه النبىُّ ﷺ ، وخَصَّ فى أَخْذِه من السَّوْطِ والعَصَا والحَبْلِ ، [25]وما قِيمتُه كقِيمَةِ ذلك[25] . وقَدَّرَه الشيخُ أبو الفَرَجِ[26] فى كِتَابِه بما دون القِيرَاطِ ، ولا يَصِحُّ تَحْدِيدُه لما ذَكَرْنا .

فصل : إذا أَخَّرَ التَّعْرِيفَ عن الحَوْلِ الأَوَّلِ ، مع إمْكانِه ، أَثِمَ ؛ لأَنَّ النبىَّ ﷺ أَمَرَ به فيه ، والأَمْرُ يَقْتَضِى الوُجُوبَ . وقال فى حَدِيثِ عِيَاضِ بن حِمَارٍ : « لا يَكْتُمُ ولا يُغَيِّبُ »[27] . ولأَنَّ ذلك وَسِيلَةٌ إلى أن لا يَعْرِفَها صَاحِبُها ، فإنَّ الظاهِرَ أنَّه بعد

٥/١٨٤ ظ

(٢٢) فى م : « حتى » .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥ – ٢٥) فى م : « وما قيمة ذلك » .

(٢٦) يعنى ابن الجوزى عبد الرحمن بن على ، المتوفى سنة سبع وتسعين وخمسمائة .

(٢٧) يأتى الحديث بتمامه فى المسألة التالية ، ويذكر المصنف أن النسائى رواه ، وذلك فى السنن الكبرى . انظر : =

الحَوْلِ يَيْأَسُ منها ، ويَسْلُو عنها ، ويَتْرُكُ طَلَبَها . ويَسقطُ التَّعْرِيفُ بتَأْخِيرِه عن الحَوْلِ الأَوَّلِ ، فى المَنْصُوصِ عن أحمدَ ؛ لأنَّ حِكْمةَ التَّعْرِيفِ لا تَحْصُلُ بعدَ الحَوْلِ الأَوَّلِ . وإن تَرَكَه فى بعض الحَوْلِ ، عَرَّفَ بَقِيَّتَه . ويَتَخَرَّجُ أن لا يَسْقُطَ التَّعْرِيفُ بتأَخُّرِه[28] ؛ لأنَّه واجِبٌ ، فلا يَسْقُطُ بتَأْخِيرِه عن وَقْتِه ، كالعِبَاداتِ وسائِرِ الواجِبَاتِ . ولأنَّ التَّعْرِيفَ فى الحَوْلِ الثانى يَحْصُلُ به المَقْصُودُ على نَوْعٍ[29] من القُصُورِ ، فيَجِبُ الإتْيانُ به ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « إذا أمَرْتُكُم بأمْرٍ فائْتُوا مِنْهُ ما اسْتَطَعْتُم »[30] . فعلى هذا إن أخَّرَ التَّعْرِيفَ بعضَ الحَوْلِ ، أتَى بالتَّعْرِيفِ فى بَقِيَّتِه ، وأتَمَّهُ من الحَوْلِ الثانى . وعلى كلا القَوْلَيْنِ ، لا يَمْلِكُها بالتَّعْرِيفِ [31]فيما عدا[31] الحَوْلِ الأَوَّلِ ؛ لأنَّ شَرْطَ المِلْكِ التَّعْرِيفُ فى الحَوْلِ الأَوَّلِ ، ولم يُوجَدْ . وهل له أن يَتَصَدَّقَ بها أو يَحْبِسَها[32] عنده أبدا ؟ على رِوَايَتَيْنِ . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَهُ دَفْعُها إلى الحاكِمِ ، كقَوْلِنا فيما إذا الْتَقَطَ ما[33] لا يَجُوزُ الْتِقاطُه . /ولو تَرَكَ التَّعْرِيفَ فى بعضِ الحَوْلِ الأَوَّلِ ، لم يَمْلِكْها أيضًا بالتَّعْرِيفِ فيما بعدَه ؛ لأنَّ الشَّرْطَ لم يَكْمُلْ ، وعَدَمُ بعض الشَّرْطِ كعَدَمِ جَمِيعِه ، كما لو أخَلَّ ببعضِ الطَّهَارَةِ ، أو ببعض السُّتْرَةِ فى الصلاةِ . ‏ ١٨٥/٥ و

فصل : وإن تَرَكَ التَّعْرِيفَ فى الحَوْلِ الأَوَّلِ ؛ لِعَجْزِه عنه ، مثل أن يَتْرُكَه لِمَرَضٍ أو حَبْسٍ أو نِسْيانٍ ونحوه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، أنَّ حُكْمَه حُكْمُ ما لو تَرَكَه مع

= تحفة الأشراف ٢٥٠/٨ .

وأخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ٣٩٧/١ . وابن ماجه ، فى : باب اللقطة ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٦٢/٤ ، ٢٦٦ .

(٢٨) فى م : « لتأخره » .

(٢٩) فى الأصل : « نعت » .

(٣٠) تقدم تخريجه فى : ٣١٥/١ .

(٣١ - ٣١) فى الأصل : « فى تباعد » .

(٣٢) فى م : « يحبسه » .

(٣٣) فى م : « فيما » .

إمْكانِه ؛ لأنَّ تَعْرِيفَه في الحَوْلِ سَبَبُ المِلْكِ ، والحُكْمُ يَنْتَفِي لانْتِفاءِ سَبَبِه ، سواءٌ انْتَفَى لِعُذْرٍ أو غيرِ عُذْرٍ . والثاني ، أنه يُعَرِّفُه في الحَوْلِ الثاني ، ويَمْلِكُه ؛ لأنَّه لم يُؤَخِّرِ التَّعْرِيفَ عن وَقْتِ إمْكانِه ، فأشْبَهَ ما لو عَرَّفَه في الحَوْلِ الأَوَّلِ .

٩٤٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا ، وإِلَّا كَانَتْ كَسَائِرِ مَالِهِ)

وجملتُه أنَّه إذا عَرَّفَ اللُّقَطَةَ حَوْلًا ، فلم تُعْرَفْ ، مَلَكَها مُلْتَقِطُها ، وصارَتْ من مالِه ، كسائِرِ أمْوالِه ، غَنِيًّا كان المُلْتَقِطُ أو فَقِيرًا . ورُوِيَ نحوُ ذلك عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، وعائِشَةَ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . وبه قال عَطَاءٌ ، والشافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورُوِيَ ذلك عن عليٍّ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، والشَّعْبِيِّ ، والنَّخَعِيِّ ، وطاوُسٍ ، وعِكْرِمَةَ . وقال مالِكٌ ، والحَسَنُ بن صالِحٍ ، والثَّوْرِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ : يَتَصَدَّقُ بها ، فإذا جاءَ صاحِبُها خَيَّرَهُ بين الأجْرِ والغُرْمِ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، عن النبيِّ ﷺ ، أنَّه سُئِلَ عن اللُّقَطَةِ ، فقال : « عَرِّفْها حَوْلًا » . ورُوِيَ : « ثَلاثَةَ أحْوالٍ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا[1] ، وإِلَّا تَصَدَّقْ بِهَا ، فَإِذَا جَاءَ رَبُّها ، فَرَضِيَ بالأجْرِ ، وإِلَّا غَرِمَهَا »[2] . ولأنها مالٌ لِمَعْصُومٍ ، لم يَرْضَ بزَوالِ مِلْكِه عنها ، ولا وُجِدَ منه سَبَبٌ يَقْتَضِي ذلك ، فلم يَزُلْ مِلْكُه عنه ، كغيرِها . قالوا : وليس له أن يَتَمَلَّكَها ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ قال : له ذلك إن كان فَقِيرًا من غير ذَوِي القُرْبَى ؛ لما رَوَى عِيَاضُ بن حمارٍ المُجَاشِعِيُّ ، أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْها ذا عَدْلٍ ، ولا يَكْتُمْ ولَا يُغَيِّبْ ، فإن وَجَدَ صاحِبَها فَلْيَرُدَّهَا عَلَيْهِ ، وإِلَّا فَهِيَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ[3] . قالوا : وما يُضَافُ إلى اللهِ تعالى ، إنَّما يَتَمَلَّكُه مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . ونَقَلَ حَنْبَلٌ ، عن أحمدَ مثلَ هذا القَوْلِ . وأنْكَرَهُ الخَلَّالُ ، وقال :

---

(١) في الأصل : « صاحبها » .

(٢) أخرجه الدارقطني ، في كتاب الرضاع . سنن الدارقطني ٤/١٨٢ . وانظر : مصنف عبد الرزاق ١٠/١٣٨ ، ١٣٩ ، ومصنف ابن أبي شيبة ٦/٤٥٢ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٩٧ .

ليس هذا مَذْهَبًا لأحمدَ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ ، فى حَدِيثِ زَيْدِ بن خالِدٍ[4] : « فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ ،/فَاسْتَنْفِقْها » . وفى لَفْظٍ : « وإِلَّا فَهِىَ كَسَبِيلِ مَالِكَ » . وفى لَفْظٍ : « ثُمَّ كُلْهَا » . وفى لَفْظٍ : « فَانْتَفِعْ بِهَا » . وفى لَفْظٍ : « فَشَأْنَكَ بِهَا » . وفى حَدِيثِ أُبَىِّ ابن كَعْبٍ[5] : « فَاسْتَنْفِقْها » . وفى لَفْظٍ : « فَاسْتَمْتِعْ بها » . وهو حَدِيثٌ صَحِيحٌ[6] . ولأنَّ من مَلَكَ بالقَرْضِ[7] مَلَكَ باللُّقَطَةِ كالفَقِيرِ ، ومن جازَ له الالْتِقاطُ مَلَكَ به بعدَ التَّعْرِيفِ ، كالفَقِيرِ . وحَدِيثُهُم عن أبى هُرَيْرَةَ لم يَثْبُتْ ، ولا نُقِلَ فى كِتَابٍ يُوثَقُ به . ودَعْوَاهُم فى حَدِيثِ عِيَاضٍ أنَّ ما يُضَافُ إلى اللهِ لا يَتَمَلَّكُه إِلَّا مَنْ يَسْتَحِقُّ الصَّدَقَةَ . لا بُرْهَانَ لها ، ولا دَلِيلَ عليها ، وبُطْلَانُها ظاهِرٌ ؛ فإنَّ الأشْياءَ كلَّها تُضَافُ إلى اللهِ تعالى خَلْقًا ومِلْكًا ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَآتُوهُم مِّنْ مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِى ءَاتَاكُمْ ﴾[8] .

١٨٥/٥ ظ

فصل : وتَدْخُلُ اللُّقَطَةُ فى مِلْكِه عند تَمَامِ التَّعْرِيفِ حُكْمًا ، كالمِيرَاثِ . هذا ظاهِرُ كَلَامِ الخِرَقِىِّ ؛ لقوله : « وإِلَّا كانت كسائِرِ مالِه » . وكذلك قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ الجَماعةِ : إذا جاء صاحِبُها ، وإِلَّا كانت كسَائِرِ مالِه . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ أنَّها لا تَدْخُلُ فى مِلْكِه حتى يَخْتارَ . واخْتَلَفَ أصْحابُ الشافِعِىِّ ؛ فمنهم مَن قال كَقَوْلِنا ، ومنهم من قال : يَمْلِكُها بالنِّيَّةِ . ومنهم من قال : يَمْلِكُها بقَوْلِه : اخْتَرْتُ تَمَلُّكَها . ومنهم من قال : لا يَمْلِكُها إِلَّا بِقَوْلِه ، والتَّصَرُّفِ فيها ؛ لأنَّ هذا تَمَلُّكٌ[9] بِعِوَضٍ ؛ فلم يَحْصُلْ إِلَّا بِاخْتِيارِ المُتَمَلِّكِ ، كالشِّرَاءِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « فَإِذَا جاءَ

---

(٤) تقدم تخريج حديثه فى صفحة ٢٩٠ .

(٥) تقدم تخريج حديثه فى صفحة ٢٩٢ .

(٦) انظر لمواضع هذه الألفاظ : إرواء الغليل ٦/٢١ ، ٢٢ .

(٧) فى الأصل : « بالفرض » .

(٨) سورة النور ٣٣ .

(٩) فى م : « تمليك » .

صَاحِبُهَا ، وإلَّا فَهِىَ كَسَبِيلِ مَالِكَ » . وقوله : « فَاسْتَنْفِقْهَا » . ولو وَقَفَ مِلْكُها على تَمَلُّكِهَا لَبَيَّنَهُ له ، ولم يُجَوِّزْ له التَّصرُّفَ قبلَه . وفى لَفْظٍ : « فَهِىَ لَكَ » . وفى لَفْظٍ : « كُلْهَا » . وهذه الأَلْفاظُ كلها تَدُلُّ على ما قُلْنَا . ولأنَّ الالْتِقَاطَ والتَّعْرِيفَ سَبَبٌ للتَّمَلُّكِ[10] ، فإذا تَمَّ وَجَبَ أن يَثْبُتَ به المِلْكُ حُكْمًا ، كالإِحْياءِ والاصْطِيَادِ . ولأنَّه سَبَبٌ يُمْلَكُ به ، فلم يَقِفِ المِلْكُ بعدَه على قَوْلِه ، ولا اخْتِيَارِه ، كسائِرِ الأَسْبابِ ؛ وذلك لأنَّ المُكَلَّفَ ليس إليه إلَّا مُبَاشَرَةُ الأَسْبابِ ، فإذا أَتَى بها ، ثَبَتَ الحُكْمُ قَهْرًا وجَبْرًا من اللهِ تعالى ، غيرَ مَوْقُوفٍ على اخْتِيَارِ المُكَلَّفِ . وأمَّا الاقْتِرَاضُ فهو السَّبَبُ فى نَفْسِه ، فلم يَثْبُت المِلْكُ بِدُونِه .

فصل : فإن الْتَقَطَها اثْنَانِ ، فعَرَّفاهَا حَوْلًا ، مَلَكَاها جَمِيعًا . وإن قُلْنا بِوُقُوفِ المِلْكِ على الاخْتِيَارِ ، فاخْتارَ أَحَدُهُما دُونَ الآخَر ، مَلَكَ المُخْتارُ نِصْفَها دُونَ الآخَر . وإن رَأَيَاها معًا ، فبادَرَ أَحَدُهُما فأَخَذَها ، أو رَآها أَحَدُهُما ، فأَعْلَمَ بها صاحِبَه ، فأَخَذَها ، / فهى لآخِذِها ؛ لأنَّ اسْتِحْقاقَ اللُّقَطَةِ بالأَخْذِ لا بالرُّؤْيَةِ ، كالاصْطِيَادِ . وإن قال أَحَدُهُما لِصَاحِبه : هاتِها . فأَخَذَها ، نَظَرْتَ فى نِيَّتِه ؛ فإن أَخَذَها لِنَفْسِه ، فهى له دون الآمِرِ[11] ، وإن أَخَذَها للآمِرِ ، فهى له ، كما لو وَكَّلَه فى الاصْطِيَادِ له .

١٨٦/٥ و

فصل : وتُمْلَكُ اللُّقَطَةُ مِلْكًا مُرَاعًى ، يَزُولُ بمَجِىءِ صاحِبِها ، ويَضْمَنُ له بَدَلَها إن تَعَذَّرَ رَدُّها . والظاهِرُ أنَّه يَمْلِكُها بغيرِ عِوَضٍ يَثْبُتُ فى ذِمَّتِه ، وإنَّما يَتَجَدَّدُ وُجُوبُ العِوَضِ بمَجِىءِ صاحِبِها ، كما يَتَجَدَّدُ زَوَالُ المِلْكِ عنها بمَجِيئِه ، وكما يَتَجَدَّدُ وُجُوبُ[12] نِصْفِ الصَّدَاقِ للزَّوْجِ ، أو بَدَلِه إن تَعَذَّرَ ثُبُوتُ المِلْكِ فيه بالطَّلَاقِ . وهذا قول بعضِ أَصْحابِ الشَّافِعِىِّ . وقال أَكْثَرُهُم : لا يَمْلِكُها إلَّا بِعِوَضٍ يَثْبُتُ فى

---

(١٠) فى م : « للتمليك » .

(١١) فى الأصل : « الآخر » .

(١٢) سقط من : الأصل .

ذِمَّتِه لِصَاحِبِها . وهذا قول القاضى وأصْحَابِه ، بِدَلِيلِ أنَّه يَمْلِكُ المُطَالَبَةَ به ، فأشْبَهَ القَرْضَ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وإلَّا فَهِىَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ » . فجَعَلَها من المُباحَاتِ ، ولأنَّه لو ماتَ لم يُعْزَلْ من تَرِكَتِه بَدَلُها ، ولا يَسْتَحِقُّ أن يَأْخُذَ من الزَّكاةِ بِسَبَبِ الغُرْمِ ، ولا[13] يَلْزَمُه أن يُوصِىَ به ، ولا يَمْتَنِعُ وُجُوبُ الزَّكاةِ فى مالِه بِسَبَبِ الدَّيْنِ ، ولا يَثْبُتُ شىءٌ من أحْكامِ الدَّيْنِ فى حَقِّه ، وانْتِفاءُ أحْكَامِه دَلِيلٌ على انْتِفَائِه . وقال القاضى : يَمْنَعُ ذلك وُجُوبَ الزَّكَاةِ ، ولأنَّه لو مَلَكَها بِعِوَضٍ لم يَزُلْ مِلْكه عنها بمَجِىءِ[14] صاحِبِها ، ولو وَقَفَ مِلْكُه لها على رِضَاه بالمُعَاوَضَةِ واخْتِيَارِه لأحَدِهِما[15] كالقَرْضِ ، والأمْرُ بخِلَافِ ذلك ، وإنما يَسْتَحِقُّ صاحِبُها المُطَالَبَةَ بعدَ مِجِيئِه ، بِشَرْطِ تَلَفِها ، فإنَّها لو كانت مَوْجُودَةً لأَخَذَها ، ولم يَسْتَحِقَّ لها بَدَلًا . وإن كانت تالِفَةً تَجَدَّدَ له مِلْكُ المُطَالَبَةِ بِبَدَلِها ، كما يَتَجَدَّدُ له المِلْكُ فيها لو كانت مَوْجُودَةً ، وكما يَتَجَدَّدُ له المِلْكُ فى نِصْفِ الصَّدَاقِ بالطَّلَاقِ قبلَ الدُّخُولِ ، وفى بَدَلِه إن كان مَعْدُومًا . وهذا أشْبَهُ بمَسْأَلَتِنا ، وبه يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه . وأمَّا القَرْضُ ، فإنَّه لمَّا ثَبَتَ بَدَلُه فى الذِّمَّةِ ، لم يَعُدِ المِلْكُ له فى المُقْرَضِ[16] إلَّا بِرِضَاءِ المُقْرِضِ واخْتِيَارِه .

فصل : وكُلُّ ما جازَ الْتِقَاطُه ، مُلِكَ بالتَّعْرِيفِ عندَ تَمَامِه ، أثْمانًا كانت أو غيرَها . هذا ظاهِرُ[17] كلامِ الخِرَقِىِّ ، فإنَّ لَفْظَه عامٌّ فى كلِّ لَفْظٍ . وقد نُقِلَ ذلك عن أحمدَ ، فإنَّ محمدَ بن الحَكَمِ رَوَى عنه فى الصَّيَّادِ يَقَعُ فى شِصِّه / الكِيسُ أو النُّحَاسُ : يُعَرِّفُه سَنَةً ، فإن جاءَ صاحِبُه ، وإلَّا فهو كسائِرِ مالِه . وهذا نَصٌّ فى النُّحَاسِ . وقال الشَّرِيفُ

١٨٦/٥ ظ

(١٣) فى الأصل : « ولأنه » .

(١٤) فى الأصل : « لمجىء » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) فى الأصل : « القرض » .

(١٧) سقط من : م .

ابن أبي موسى : هل حُكْمُ العُرُوضِ فى التَّعْرِيفِ ، وجَوازِ التَّصرُّفِ فيها بعدَ ذلك ، حُكْمُ الأَثْمانِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، أظْهَرُهُما أنَّها كالأثْمانِ ، ولا أعْلَمُ بين أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ فَرْقًا بين الأثْمانِ والعُرُوضِ فى ذلك . وقال أكْثَرُ أصْحابِنَا : لا تُمْلَكُ العُرُوضُ بالتَّعْرِيفِ . قال القاضى : نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى رِوَايةِ الجَماعةِ . واخْتَلَفُوا فيما يَصْنَعُ بها ، فقال أبو بكرٍ ، وابنُ عَقِيلٍ : يُعَرِّفُها أبدًا . وقال القاضى : هو بالخِيَارِ بين أن يُقِيمَ على تَعْرِيفِها حتى يَجِىءَ صاحِبُها ، وبين دَفْعِها إلى الحاكِمِ لِيَرَى رَأْيَه فيها . وهل له بَيْعُها بعدَ الحَوْلِ ، ويَتَصدَّقُ بها ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، وقال الخَلَّالُ : كُلُّ مَنْ رَوَى عن أحمدَ ، أنَّه يُعَرِّفُه سَنَةً ، ويَتَصَدَّقُ به ، والذى نَقَلَ أنَّه يُعَرِّفُ أبدًا قولٌ قَدِيمٌ ، رَجَعَ عنه . واحْتَجُّوا بما رُوِىَ عن ابنِ عمرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وابنِ مسعودٍ ، مثلَ قَوْلِهم ، ولأنَّها لُقَطَةٌ لا تُمْلَكُ فى الحَرَمِ ، فلا تُمْلَكُ فى غيره كالإِبِلِ ، ولأنَّ الخَبَرَ وَرَدَ فى الأثْمانِ ، وغيرُها لا يُسَاوِيها ؛ لِعَدَمِ الغَرَضِ المُتَعَلِّقِ بعَيْنِها ، فمِثْلُها يَقُومُ مَقَامَها من كلِّ وَجْهٍ ، بخِلَافِ غيرِها . ولَنا ، عُمُومُ الأحَادِيثِ فى اللُّقَطَةِ جَمِيعِها ؛ فإنَّ النبيَّ ﷺ سُئِلَ عن اللُّقَطَةِ ، فقال : « عَرِّفْهَا سَنَةً » ثم قال فى آخِره : « فَانْتَفِعْ بِهَا ، أو فَشَأْنَكَ بِهَا » . وفى حَدِيثِ عِياضِ بن حِمَارٍ : « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً » . وهو لَفْظٌ عامٌّ . ورَوَى الجُوزَجَانِىُّ ، والأثْرَمُ فى « كِتَابَيْهِما » ، قالا : حَدَّثَنا أبو نُعَيْمٍ ، ثنا هِشَامُ بن سَعْدٍ ، قال حَدَّثَنِى عَمْرُو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : أتَى رَجُلٌ رسولَ اللهِ ﷺ ، فقال : يا رسولَ اللهِ ، كيف تَرَى فى مَتَاعٍ يُوجَدُ فى الطَّرِيقِ المِيْثاءِ[18] ، أو فى قَرْيَةٍ مَسْكُونةٍ ؟ فقال : « عَرِّفْهُ سَنَةً ، فَإِنْ جاءَ صاحِبُهُ ، وإلَّا فَشَأْنَكَ بِهِ »[19] . ورَوَيْنا أنَّ سُفْيانَ بن عبدِ اللهِ ، وَجَدَ عَيْبَةً[20] فأتَى بها عمرَ بن الخَطَّابِ فقال : عَرِّفْها سَنَةً ، فإنْ عُرِفَتْ ، وإلَّا فهى لك . زادَ الجُوزَجانِىُّ : فلم تُعْرَفْ ، فَلَقِيَهُ بها[21] العامَ المُقْبِلَ ،

---

(١٨) الميثاء : الأرض السهلة .

(١٩) أخرجه النسائى ، فى : باب المعدن ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/٣٣ . والدارقطنى ، فى : باب فى المرأة تقتل إذا ارتدت ، من كتاب الأقضية والأحكام . سنن الدارقطنى ٤/٢٣٦ .

(٢٠) العيبة : وعاء من خوص ونحوه ، أو وعاء من أدم ونحوه يكون فيه المتاع .

(٢١) سقط من : م .

فذَكَرَها له ، فقال عمرُ : هى لك ، إنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أمَرَنا بذلك . ورَوَاه النَّسائِيُّ كذلك[٢٢] . وهذا نصٌّ فى غيرِ الأثْمانِ . ورَوَى الجُوزَجَانِيُّ ، بإسْنادِه ، عن الحُرِّ بن الصَّيَّاحِ[٢٣] قال : كنتُ عند / ابنِ عُمَرَ بمَكَّةَ ، إذ جاءَه رَجُلٌ . فقال : إنِّى وَجَدْتُ هذا البُرْدَ ، وقد نَشَدْتُه وعَرَّفْتُه فلم يَعْرِفْهُ أحَدٌ ، وهذا يومُ التَّرْوِيَةِ ، ويومُ يَتَفَرَّقُ الناسُ . فقال : إن شِئْتَ قَوَّمْتَه قِيمَةَ عَدْلٍ ، ولَبِسْتَه ، وكنتَ له ضَامِنًا ، متى جاءَك صاحِبُه دَفَعْتَ إليه ثَمَنَه ، وإن لم يَجِئْ له طالِبٌ فهو لك إن شِئْتَ . ولأنَّ ما جازَ الْتِقاطُه مُلِكَ بالتَّعْرِيفِ ، كالأثْمانِ ، وما حَكَوْهُ عن الصَّحابةِ إن صَحَّ ، فقد حَكَيْنا عن عمرَ وابْنِه خِلَافَه . وقولُهم : إنَّها لُقَطَةٌ لا تُمْلَكُ فى الحَرَمِ . مَمْنُوعٌ ، ثم هو مَنْقُوضٌ بالأثْمانِ ، ولا يَصِحُّ قِيَاسُها على الإبِلِ ؛ لأنَّ معها حِذَاءَها وسِقَاءَها ، تَرِدُ الماءَ ، وتَأْكُلُ الشَّجَرَ ، حتى يَأْتِيَها رَبُّها ، ولا يُوجَدُ ذلك فى غيرِها ، ولأنَّ الإبِلَ لا يجوزُ الْتِقاطُها ، فلا تُمْلَكُ به ، وهٰهُنا يَجوزُ الْتِقَاطُها ، فتُمْلَكُ به ، كالأثْمانِ . ثم إذا لم تُمْلَكْ فى الحَرَمِ ، لا تُمْلَكُ فى الحِلِّ ؛ وذلك لأنَّ الحَرَمَ مُيِّزَ بكَوْنِ لُقَطَتِه لا يَلْتَقِطُها إلَّا مُنْشِدٌ ، ولهذا لم تُمْلَكِ الأثْمانُ بالْتِقَاطِها فيه ، فلا يَلْزَمُ أن لا[٢٤] تُمْلَكَ فى مَوْضِعٍ لم يُوجَد المانِعُ فيه . وقولُهم : إنَّ النَّصَّ خاصٌّ فى الأثْمانِ . قُلْنا : بل هو عامٌّ فى كلِّ لُقَطَةٍ ، فيَجِبُ العَمَلُ بعُمُومِه ، وإن وَرَدَ فيها نَصٌّ خاصٌّ ، فقد رُوِى خَبَرٌ عامٌّ ، فيُعْمَلُ بهما ، ثم قد رَوَيْنا نَصًّا خاصًّا فى العُرُوضِ ، فيَجِبُ العَمَلُ به ، كما وَجَبَ العَمَلُ بالخاصِّ فى الأثْمانِ ، ثم

١٨٧/٥ و

---

(٢٢) فى م : « أيضا » .

ولعل هذا فى السنن الكبرى .

كما أخرجه الطحاوى ، فى : باب اللقطة والضوال ، من كتاب الإجارات . شرح معانى الآثار ١٣٧/٤ ، ١٣٨ .

(٢٣) فى النسخ : « الصباح » . والتصويب من المشتبه ٤٠٦ .

(٢٤) سقط من : الأصل .

لو اخْتَصَّ الخَبَرُ بالأَثْمانِ ، لَوَجَبَ أن يُقَاسَ عليها ما كان فى مَعْناها ، كسائِرِ النُّصُوصِ التى عُقِلَ مَعْناها ووُجِدَ فى غيرِها ، وهٰهُنا قد وُجِدَ المَعْنَى ، فيَجِبُ قِيَاسُه على المَنْصُوصِ عليه ، أو نقول : إن المَعْنَى هٰهُنا آكَدُ ، فيَثْبُتُ الحُكْمُ فيه بطَرِيقِ التَّنْبِيه . وبَيَانُه أنَّ الأَثْمانَ لا تَتْلَفُ بمُضِىِّ الزَّمَانِ عليها ، وانْتِظَارِ صاحِبِها بها أَبَدًا ، والعُرُوضُ تَتْلَفُ بذلك ، ففى النِّدَاءِ عليها دائِمًا هَلَاكُها ، وضَيَاعُ مالِيَّتِها على صاحِبِها ، ومُلْتَقِطِها ، وسائِرِ الناسِ ، فى[25] إبَاحةِ الانْتِفَاعِ بها ومِلْكِها بعد التَّعْرِيفِ ، حِفْظًا لمالِيَّتِها على صاحِبِها بدَفْعِ قِيمَتِها إليه[26] ، وتَقَعُ لغيرِه ، فيَجِبُ ذلك لِنَهْىِ النبىِّ ﷺ عن إضَاعَةِ المالِ ، ولما فيه من المَصْلَحَةِ والحِفْظِ[27] لمالِ المُسْلِمِ عليه وعلى أخِيه ، ولأنَّ فى إثْباتِ المِلْكِ فيها حَثًّا على الْتِقَاطِها وحِفْظِها وتَعْرِيفِها ، لِكَوْنِه وَسِيلَةً إلى المِلْكِ المَقْصُودِ للآدَمِىِّ ، وفى نَفْىِ مِلْكِها تَضْيِيعٌ لها ، لما فى الْتِقَاطِها من الخَطَرِ والمَشَقَّةِ[28] والكُلْفَةِ / من غير نَفْعٍ يَصِلُ إليه ، فيُؤَدِّى إلى أن لا يَلْتَقِطَها أحَدٌ لِتَعْرِيفِها فتَضِيعَ . وما ذَكَرُوه فى الفَرْقِ مُلْغًى بالشَّاةِ ، فقد ثَبَتَ المِلْكُ فيها مع هذا الفَرْقِ ، ثم يُمْكِنُنا أن نَقِيسَ على الشَّاةِ ، فلا يَحْصُلُ هذا الفَرْقُ بين الأصْلِ والفَرْعِ . واللهُ أعلم . ثم نَقْلِبُ[29] دَلِيلَهم ، فنقولُ : لُقَطَةٌ لا تُمْلَكُ فى الحَرَمِ ، فما أُبِيحَ الْتِقَاطُه منها مُلِكَ إذا كان فى الحِلِّ ، كالإِبِلِ .

١٨٧/٥ ظ

فصل : وظاهِرُ كلامِ أحمدَ والخِرَقِىِّ ، أنَّ لُقَطَةَ الحِلِّ والحَرَمِ سواءٌ . ورُوِىَ ذلك عن ابنِ عُمَرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، وعائِشَةَ ، وابنِ المُسَيَّبِ . وهو مذهبُ مالِكٍ ، وأبى حَنِيفةَ . ورُوِىَ عن أحمدَ رِوَايَةٌ أُخرى ، أنَّه لا يجوزُ الْتِقاطُ لُقَطَةِ الحَرَمِ لِلتَّمَلُّكِ ، وإنَّما

---

(٢٥) فى الأصل : « وفى » .

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) فى م : « والحظ » .

(٢٨) فى م : « والثقة » .

(٢٩) فى م : « قلب » .

يجوزُ لحِفْظِها[٣٠] لِصَاحِبِها ، فإن الْتَقطَها عَرَّفَها أبدًا حتى يَأْتِىَ صاحِبُها . وهو قولُ عبدِ الرحمنِ بن مَهْدِىٍّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وعن الشافِعِىِّ كالمَذْهَبَيْنِ . والحُجَّةُ لهذا القولِ قولُ النبىِّ ﷺ فى مَكَّةَ : « لَا تَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[٣١] . وقال أبو عُبَيْدٍ[٣٢] : المُنْشِدُ المُعَرِّفُ ، والناشِدُ الطالِبُ . وينشد :

إصَاخَةَ النّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ

فيكون مَعْناه لا تَحِلُّ لُقَطَةُ مَكّةَ إلّا لمن يُعَرِّفُها ؛ لأنها خُصَّتْ بهذا من سائِرِ البُلْدانِ . ورَوَى يَعْقُوبُ بن شَيْبَةَ ، فى « مُسْنَدِه »[٣٣] عن عبدِ الرَّحْمنِ بن عُثْمانَ التَّيْمِىِّ ، أنَّ النبىَّ ﷺ نَهى عن لُقَطَةِ الحاجِّ . قال ابنُ وَهْبٍ : يَعْنِى يَتْرُكُها حتى يَجِدَها صاحِبُها . رَوَاهُ أبو دَاوُدَ[٣٤] أيضا . وَوَجْهُ الرِّوَايةِ الأُولَى عُمُومُ الأحادِيثِ ، وأنَّه أحَدُ الحَرَمَيْنِ ، فأشْبَه حَرَمَ المَدِينةِ ، ولأنَّها أمانَةٌ فلم يَخْتَلِفْ حُكْمُها بالحِلِّ والحَرَمِ ، كالوَدِيعَةِ . وقولُ النبىِّ ﷺ : « إِلَّا لِمُنْشِدٍ » . يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ إلَّا لمن عَرَّفَها عامًا ،

---

(٣٠) فى م : « حفظها » .

(٣١) أخرجه البخارى ، فى : باب كيف تعرف لقطة أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب وقال الليث حدثنى يونس ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٣/١٦٤ ، ١٦٥ ، ٥/١٩٤ ، ٩/٦ . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة وصيدها وخلاها ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢/٩٨٨ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تحريم حرم مكة ، من كتاب المناسك سنن أبى داود ١/٤٦٥ . والنسائى ، فى : باب النهى أن ينفر صيد الحرم ، من كتاب المناسك . المجتبى ٥/١٦٦ . وابن ماجه ، فى : باب فضل مكة ، من كتاب المناسك . سنن ابن ماجه ٢/١٠٣٨ . والدارمى ، فى : باب النهى عن لقطة الحاج ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢/٢٦٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٣١٨ ، ٣٤٨ ، ٢/٢٣٨ .

(٣٢) فى غريب الحديث ٢/١٣٣ .

(٣٣) يعقوب بن شيبة السدوسى البصرى الحافظ ، صاحب المسند المعلل ، توفى سنة اثنتين وستين ومائتين . العبر ٢/٢٥ .

(٣٤) فى كتاب اللقطة ، سنن أبى داود ١/٣٩٩ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب فى لقطة الحاج ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٣/١٣٥١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٩٩ .

وتَخْصِيصُها بذلك لِتأْكِيدِها ، لا لِتخْصِيصِها ، كقولِه عليه السلامُ : « ضَالَّةُ المُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ »[35] . وضَالَّةُ الذِّمِّيِّ مَقِيسَةٌ[36] عليها .

فصل : إذا الْتَقَطَ لُقَطَةً ، عازِمًا على تَمَلُّكِها بغيرِ تَعْرِيفٍ ، فقد فَعَلَ مُحَرَّمًا ، ولا يَحِلُّ له أخْذُها بهذه النِّيَّةِ ، فإذا أخَذَها ، لَزِمَه ضَمَانُها ، سواءٌ تَلِفَتْ بتَفْرِيطٍ[37] أو بغيرِ تَفرِيطٍ ، ولا يَمْلِكُها وإن عَرَّفَها ؛ لأنَّه أخَذَ مالَ غيرِه على وَجْهٍ لا يجوزُ له أخْذُه ، فأشْبَه الغاصِبَ . نَصَّ على هذا أحمدُ ، ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَها ؛ لأنَّ مِلْكَها بالتَّعْرِيفِ والالْتِقَاطِ ، وقد وُجِدَ ، فيَمْلِكُها به ، كالاصْطِيادِ والاحْتِشَاشِ ، فإنَّه لو دَخَلَ حائِطًا لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، فاحْتَشَّ أو اصْطادَ منه صَيْدًا ، / مَلَكَه ، وإن كان دُخُولُه مُحَرَّمًا ، كذا هٰهُنا . ولأنَّ عُمُومَ النَّصِّ يَتناوَلُ هذا المُلْتَقَطَ ، فيَثْبُتُ حُكْمُه فيه ، ولأنَّنا لو اعْتَبَرْنَا نِيَّةَ التَّعْرِيفِ وَقْتَ الالْتِقاطِ ، لَافْتَرَقَ الحالُ بين العَدْلِ والفاسِقِ والصَّبِيِّ والسَّفِيهِ ؛ لأنَّ الغالِبَ على هؤلاءِ الالْتِقَاطُ لِلتَّمَلُّكِ من غيرِ تَعريفٍ .

١٨٨/٥ و

٩٤١ – مسألة ؛ قال : (وحَفِظَ وِكَاءَهَا وعِفَاصَهَا ، وحَفِظَ عَدَدَها وصِفَتَهَا)

الأصْلُ فى هذا قولُ النبىِّ ﷺ ، فى حَدِيثِ زَيْدِ بن خالِدٍ : « اعْرِفْ وِكَاءَها وعِفَاصَها »[1] . وقال فى حَدِيثِ أُبَىِّ بن كَعْبٍ : « اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَها وعَدَدَها ، ثُمَّ عَرِّفْها سَنَةً »[2] . وفى لَفْظٍ عن أُبَىِّ بن كَعْبٍ ، أنَّه قال :

---

(٣٥) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن الشرب قائما ، من أبواب الأشربة . عارضة الأحوذى ٧٤/٨ . وابن ماجه ، فى : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٨٣٦/٢ . والدارمى ، فى : باب فى الضالة ، من كتاب البيوع . سنن الدارمى ٢٦٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥/٤ ، ٨٠/٥ .

(٣٦) فى الأصل : « مقيس » .

(٣٧) فى م : « بتفريطه » .

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٢ .

وَجَدْتُ مائةَ دِينارٍ ، فأتَيْتُ بها النبىَّ ﷺ ، فقال : « عَرِّفْها حَوْلًا » . فعَرَّفْتُها حَوْلًا فلم تُعْرَفْ ، فرَجَعْتُ إليه ، فقال : « اعْرِفْ عِدَّتَها وَوِعَاءَهَا وَوِكَاءَهَا ، واخْلِطْها بمَالِكَ ، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا فَأَدِّهَا إِلَيْهِ » . ففى هذا الحَدِيثِ أنه أمَرَه بمَعْرِفَةِ صِفَاتِها بعدَ التَّعْرِيفِ ، وفى غيرِه أمَرَه بمَعْرِفَتِها حين الْتِقَاطِها قبلَ تَعْرِيفِها[3] . وهو الأَوْلَى ؛ لِيَحْصُلَ عنده عِلْمُ ذلك ، فإذا جاءَ صاحِبُها فنَعتَها ، غَلَبَ على ظَنِّه صِدْقُه فيجوزُ الدَّفْعُ إليه[4] حينئذٍ . وإن أخَّرَ مَعْرِفَةَ ذلك إلى حينِ مجىءِ باغِيها ، جازَ ؛ لأنَّ المَقْصُودَ يَحْصُلُ بمَعْرِفَتِها حينئذٍ . وإن لم يَجِئْ طالِبُها ، فأرَادَ التَّصَرُّفَ فيها بعدَ الحَوْلِ ، لم يَجُزْ له حتى يَعْرِفَ صِفَاتِها ؛ لأنَّ عَيْنَها تَنْعَدِمُ بالتَّصَرُّفِ ، فلا يَبْقَى له سَبِيلٌ إلى مَعْرِفَةِ صِفَاتِها إذا جاء صَاحِبُها . وكذلك إن خَلَطَها بمالِه على وَجْهٍ لا تَتَميَّزُ منه ، فيكونُ أمْرُ النبىِّ ﷺ لأُبَىّ بمَعْرِفَةِ صِفَاتِها عند خَلْطِها بمالِه أمْرَ إيجابٍ مُضَيَّقٍ ، وأمْرُه لِزَيْدِ بن خالِدٍ بمَعْرِفةِ ذلك حين الالْتِقَاطِ واجِبًا مُوَسَّعًا . واللهُ أعلمُ . قال القاضى : يَنْبَغِى أن يَعْرِفَ جِنْسَها دَرَاهِمَ أو دَنانِيرَ ، ونَوْعَها ، وإن كانت ثِيابًا عَرَفَ لُفَافَتَها وجِنْسَها ، ويَعْرِفُ قَدْرَها بالكَيْلِ ، وبالوَزْنِ ، أو بالعَدَدِ ، أو الذَّرْعِ ، ويَعرِفُ العَقْدَ عليها ، هل هو عَقْدٌ واحِدٌ أو أكْثَر ، أُنْشُوطَةً[5] أو غيرُها ، ويَعْرِفُ صِمَامَ القارُورَةِ [6]الذى يَدْخُلُ[6] رَأْسَها ، وعِفَاصَها الذى تَلْبَسُه .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يُشْهِدَ عليها حين يَجِدُها . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : لا أُحِبُّ أن يَمَسَّها حتى يُشْهِدَ عليها . فظاهِرُ هذا أنه مُسْتَحَبٌّ غيرُ واجِبٍ ، وأنَّه إن لم يُشْهِدْ عليها لا ضَمَانَ عليه . وبهذا قال مالِكٌ . والشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا لم يُشْهِدْ عليها ضَمِنَها ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ : « مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً ، /فَلْيُشْهِدْ ذَا عَدْلٍ ، أو ذَوِى

١٨٨/٥ ظ

(٣) فى م : « التعريف » .

(٤) فى م : « عليه » .

(٥) الأنشوطة : عقدة يسهل انحلالها .

(٦ - ٦) فى م : « التى تدخل » .

عَدْلٍ »[٧] . وهذا أمْرٌ يَقْتَضِى الوُجُوبَ ، ولأنَّه إذا لم يُشْهِدْ كان الظاهِرُ أنَّه أخَذَها لِنَفْسِه . ولَنا ، خَبَرُ زَيْدِ بن خالِدٍ ، وأُبَىِّ بن كَعْبٍ ، فإنَّه أمَرَهُما بالتَّعْرِيفِ دون الإِشْهادِ ، ولا يجوزُ تأْخِيرُ البَيانِ عن وَقْتِ الحاجَةِ ، فلو كان واجِبًا لَبَيَّنَهُ النبىُّ ﷺ ، سِيَّما وقد سُئِلَ عن حُكْمِ اللُّقَطَةِ فلم يكنْ لِيُخِلَّ بِذِكْرِ الواجِبِ فيها ، فيَتَعَيَّنُ حَمْلُ الأمرِ فى حَدِيثِ عِياضٍ[٨] على النَّدْبِ والاسْتِحْبابِ . ولأنَّه أخْذُ أمانَةٍ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى الإِشْهادِ ، كالوَدِيعَةِ . والمَعْنَى الذى ذَكَرُوه غيرُ صَحِيحٍ ، فإنَّه إذا حَفِظَها وعَرَّفَها فلم يَأْخُذْها لِنَفْسِه ، وفائِدَةُ الإِشْهادِ صِيَانَةُ نَفْسِه عن[٩] الطَّمَعِ فيها ، وكَتْمُها وحِفْظُها من وَرَثَتِه إن ماتَ ، ومن غُرَمَائِه إن أفْلَسَ . وإذا أشْهَدَ عليها ، لَم يَذْكُرْ لِلشُّهُودِ صِفَاتِها ، لئلَّا يَنْتَشِرَ ذلك فيَدَّعِيها مَن لا يَسْتَحِقُّها ، ويَذْكُرُ صِفَاتِها ، كما قُلْنا فى التَّعْرِيفِ ، ولكنْ يَذْكُرُ لِلشُّهُودِ ما يَذْكُرُه فى التَّعْرِيفِ من الجِنْسِ والنَّوْعِ . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ صالحٍ ، وقد سَأَلَه : إذا أشْهَدَ[١٠] عليها هل يُبَيِّنُ كم هى ؟ قال : لا ، ولكنْ يقول : قد أصَبْتُ لُقَطَةً . ويُسْتَحَبُّ أن يَكْتُبَ صِفَاتِها ؛ ليكونَ أثْبَتَ لها ، مَخَافَةَ أن يَنْسَاهَا إن اقْتَصَرَ على حِفْظِها بِقَلْبِه ، فإنَّ الإِنْسانَ عُرْضَةُ النِّسْيانِ .

٩٤٢ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جَاءَ رَبُّها فَوَصَفَهَا لَهُ ، دُفِعَتْ إلَيْـهِ بِلَا بَيِّنَةٍ)

يعنى إذا وَصَفَها بِصِفَاتِها المَذْكُورَةِ ، دَفَعَها إليه ، سواءٌ غَلَبَ على ظَنِّه صِدْقُه أو لم يَغْلِبْ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، ودَاوُد ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ : لا يُجْبَرُ على ذلك إلَّا بِبَيِّنَةٍ ، ويجوزُ[١] له دَفْعُها إليه إذا غَلَبَ على ظَنِّه صِدْقُهُ. قال أصْحابُ الرَّأْى : إن شاءَ دَفَعَها إليه وأخَذَ كَفِيلًا بذلك ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال :

---

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٧ .

(٨) تقدم فى صفحة ٢٩٧ .

(٩) فى الأصل : « من » .

(١٠) فى م : « شهد » .

(١) فى م : « ولا يجوز » .

« البَيِّنَة عَلَى المُدَّعِى »[٢] . ولأنَّ صِفَةَ المُدَّعِى لا يَسْتَحِقُّ بها كالمَغْصُوبِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « فَإِنْ جَاءَكَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِعَدَدِهَا وَوِعَائِهَا وَوِكَائِهَا ، فَادْفَعْها إِلَيهِ »[٣] . قال ابنُ المُنْذِرِ : هذا الثابتُ عن رسولِ اللهِ ﷺ ، وبه أقولُ . ورَوَاه ابنُ القَصَّارِ[٤] : « فَإِنْ جَاءَ بَاغِيها ، ووَصَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا ، فَادْفَعْها إِلَيْهِ » . وفى حَدِيثِ زَيْدٍ الذى ذَكَرْناه : « اعْرِفْ وِكَاءَهَا وعِفَاصَهَا ، ثُمَّ عَرِّفْها سَنَةً ، فإنْ لَمْ تُعْرَفْ ، فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَأَدِّها إِلَيْهِ »[٣] . يَعْنِى إذا / ذَكَرَ صِفَاتِها ؛ لأنَّ ذلك هو المَذْكُورُ فى صَدْرِ الحَدِيثِ ، ولم يَذْكُرِ البَيِّنَةَ فى شىءٍ من الحَدِيثِ ، ولو كانت شَرْطًا لِلدَّفْعِ ، لم يَجُزِ الإِخْلَالُ به ، ولا أمَرَ بالدَّفْعِ بدُونِه ، ولأنَّ إقامةَ البَيِّنةِ على اللُّقَطَةِ تَتَعَذَّرُ ؛ لأنَّها (٥إنَّما سَقَطَتْ٥) حالَ الغَفْلَةِ والسَّهْوِ ، (٦فتَوْقِيفُ دَفْعِها عليها٦) مَنْعٌ لِوُصُولِها إلى صاحِبِها أبدًا ، وهذا يُفَوِّتُ مَقْصُودَ الالْتِقاطِ ، ويُفْضِى إلى تَضْيِيعِ أمْوالِ الناسِ ، وما هذا سَبِيلُه يَسْقُطُ اعْتِبارُ البَيِّنَةِ فيه ، كالإِنْفاقِ على اليَتِيمِ ، والجَمْعُ بين هذا القولِ وبينَ تَفْضِيلِ الالْتِقاطِ على تَرْكِه مُتَناقِضٌ جدًّا ؛ لأنَّ الالْتِقاطَ حينئذٍ يكونُ تَضْيِيعًا لمالِ المُسْلِمِ يَقِينًا ، وإتْعابًا لِنَفْسِه بالتَّعْرِيفِ الذى لا يُفِيدُ ، والمُخاطَرَةِ بدِينِه بتَرْكِه الواجِبَ من تَعْرِيفِها ، وما هذا سَبِيلُه يَجِبُ أن يكونَ حَرَامًا ، فكيف يكونُ فاضِلًا . وعلى هذا نقولُ : لو لم يجِبْ دَفْعُها بالصِّفَةِ ، لم يَجُزِ الْتِقاطُها ؛ لما ذَكَرْناه ، وقولُ النبىِّ ﷺ : « البَيِّنةُ عَلَى المُدَّعِى » . يَعْنِى إذا كان ثَمَّ مُنْكِرٌ ؛ لِقَوْلِه فى سِيَاقِه : « والْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » . ولا مُنْكِرَ هٰهُنا ، على أنَّ البَيِّنَةَ تَخْتَلِفُ ، وقد جَعَلَ النبىُّ ﷺ بَيِّنَةَ مُدَّعِى اللُّقَطَةِ وَصْفَها ، فإذا وَصَفَها فقد

١٨٩/٥ و

---

(٢) تقدم تخريجه فى : ٥٢٥/٦ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٠ .

(٤) لعله يعنى أبا إسحاق إبراهيم بن عبد الله الأصبهانى المعدل القصار ، المتوفى سنة ثلاث وسبعين وثلاثمائة . انظر : الأنساب ١٦٣/١٠ ، ١٦٤ .

(٥ - ٥) فى الأصل : « تسقط » .

(٦ - ٦) فى م : « فتوقف دفعها » .

أقامَ بيِّنَته . وقِياسُ اللُّقَطةِ على المَغْصُوبِ غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ النِّزاعَ ثَمَّ فى كَوْنِه مَغْصُوبًا ، والأصْلُ عَدَمُه ، وقولُ المُنْكِرِ يُعارِضُ دَعْوَاه ، فاحْتِيجَ إلى البيِّنةِ ، وههُنا قد ثَبَتَ كونُ هذا المالِ لُقَطةً ، وأنَّ له صاحِبًا غيرَ مَنْ هو فى يَدِه ، ولا مُدَّعِىَ له إلَّا الواصِفُ ، وقد تَرَجَّحَ صِدْقُه ، فيَنْبَغِى أن يُدْفَعَ إليه .

فصل : فإن وَصَفَها اثْنانِ ، أُقْرِعَ بينهما ، فمن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ حلَفَ أنَّها له ، وسُلِّمَتْ إليه . وهكذا إن [7]أقامَا بيِّنَتَيْنِ ، أُقْرِعَ بينهما ، فمن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ حلَفَ ، ودُفِعَتْ إليه . ذَكَرَه القاضى ، وقال أبو الخَطَّابِ : تُقَسَّمُ بينهما ؛ لأنَّهما[7] تَساوَيا فيما يُسْتَحَقُّ به الدَّفْعُ ، فتَساوَيا فيها ، كما لو كانت فى أيْدِيهما . والذى قُلْناهُ أصَحُّ وأشْبَهُ بأُصُولِنا ، فيما إذا تَداعَيا عَيْنًا فى يَدِ غيرِهما ، ولأنَّهما تَداعَيا عَيْنًا فى يَدِ[8] غيرِهما ، وتَساوَيا فى البيِّنةِ ، أو فى عَدَمِها ، فتكون لمن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ ، كما لو ادَّعَيا وَدِيعةً فى يَدِ إنْسانٍ ، فقال : هى لأحَدِكُما ، لا أعْرِفُه عَيْنًا . وفارَقَ ما إذا كانت فى أيْدِيهما ؛ لأنَّ يَدَ كلِّ واحِدٍ منهما على نِصْفِه[9] ، فَرَجَحَ قَوْلُه فيه . وإن وَصَفَها إنْسانٌ ، فأقامَ آخَرُ البيِّنةَ أنَّها له ، فهى لِصَاحِبِ البيِّنةِ ؛ لأنَّها أقْوَى من الوَصْفِ ، فإن كان الواصِفُ قد أخَذَها ، انْتُزِعَتْ منه ، ورُدَّتْ إلى صاحِبِ البيِّنةِ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّها له ، فإن كانَتْ[10] قد هَلَكَتْ ، فلِصَاحِبِها / تَضْمِينُ من شاءَ من الواصِفِ أو الدَّافِعِ إليه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . ويَتَخَرَّجُ أن لا يَلْزَمَ المُلْتَقِطَ شىءٌ . وهذا قولُ ابنِ القاسِمِ صاحِبِ مالِكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ ؛ لأنَّه فَعَلَ ما أُمِرَ به ، وهو[11] أمِينٌ غيرُ مُفَرِّطٍ ولا مُقَصِّرٍ ، فلا يَضْمَنُ كما لو دَفَعَها بأمْرِ الحاكِمِ ، ولأنَّ الدَّفْعَ واجِبٌ عليه ، فصارَ الدَّفْعُ بغيرِ اخْتِيارِه ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو أخَذَها كَرْهًا . ولَنا ، أنَّه دَفَعَ مالَ غيرِه إلى غيرِ مُسْتَحِقِّه اخْتِيارًا منه ،

١٨٩/٥ ظ

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) تكملة لازمة .

(٩) فى الأصل : « نصفها » .

(١٠) فى م : « كان » .

(١١) فى م : « لأنه » .

فضَمِنه ، كما لو دَفَعَ الوَدِيعةَ إلى غيرِ مالِكِها ، إذا غَلَبَ على ظَنِّه أنَّه مالِكُها . فأمَّا إن دَفَعَها بحُكْمِ حاكمٍ ، لم يَمْلِكْ صاحِبُها مُطَالَبَةَ الدّافعِ ؛ لأنَّها مَأْخُوذَةٌ منه على سَبِيلِ القَهْرِ ، فلم يَضْمَنْها ، كما لو غَصَبَها غاصِبٌ . ومتى ضَمِنَ الواصِفُ لم يَرْجِعْ على أحدٍ ؛ لأنَّ العُدْوانَ منه والتَّلَفَ عنده . فإن ضَمِنَ الدافِعُ ، رَجَعَ على الواصِفِ ؛ لأنَّه كان سَبَبَ تَغْرِيمِه ، إلَّا أن يكونَ المُلْتَقِطُ قد أقَرَّ للواصِفِ أنَّه صاحِبُها ومالِكُها ، فإنَّه لا يَرْجِعُ عليه ، لأنَّه اعْتَرَفَ أنَّه صاحِبُها ومُسْتَحِقُّها ، وأنَّ صاحِبَ البَيِّنةِ ظَلَمَه بتَضْمِينِه ، فلا يَرْجِعُ به على غيرِ مَنْ ظَلَمَه . وإن كانت اللُّقَطَةُ قد تَلِفَتْ عند المُلْتَقِطِ ، فضَمَّنَهُ إيّاها ، رَجَعَ على الواصِفِ بما غَرِمَهُ ، وليس لِمَالِكِها تَضْمِينُ الواصِفِ ؛ لأنَّ الذى قَبَضَه إنَّما هو مالُ المُلْتَقِطِ ، لا مالُ صاحِبِ اللُّقَطةِ ، بخِلَافِ ما إذا سَلَّم العَيْنَ . فأمَّا إن وَصَفَها إنْسانٌ ، فأخَذَها ، ثم جاءَ آخَرُ فوَصَفَها وادَّعَاها ، لم يَسْتَحِقَّ شيْئا ؛ لأنَّ الأوَّلَ اسْتَحَقَّها لِوَصْفِه إيَّاها ، وعَدَمِ المُنازِعِ فيها ، وثَبَتَتْ يَدُه عليها ، ولم يُوجَدْ ما يَقْتَضِى انْتِزَاعَها منه ، فوَجَبَ إبْقاؤُها له ، كسائِرِ مالِه .

فصل : ولو جاءَ مُدَّعٍ لِلُقَطَةٍ ، فلم يَصِفْها ، ولا أقامَ بَيِّنةً أنَّها له ، لم يَجُزْ دَفْعُها إليه ، سواءٌ غَلَبَ على ظَنِّه صِدْقُه أو كَذِبُه ؛ لأنَّها أمانَةٌ ، فلم يَجُزْ دَفْعُها إلى مَنْ لم يُثْبِتْ أنَّه صَاحِبُها ، كالوَدِيعَةِ ، فإن دَفَعَها ، فجاءَ آخَرُ فوَصَفَها ، أو أقامَ[١٢] بَيِّنةً ، لَزِمَ الواصِفَ غَرَامَتُها له ؛ لأنَّه فوَّتَها على مالِكِها بتَفْرِيطِه ، وله الرُّجُوعُ على مُدَّعِيها ؛ لأنَّه أخَذَ مالَ غيره ، ولِصَاحِبِها تَضْمِينُ آخِذِها ، فإذا ضَمَّنَه لم يَرْجِعْ على أحدٍ . وإن لم يَأْتِ أحدٌ يَدَّعِيها فلِلْمُلْتَقِطِ مُطَالَبَةُ آخِذِها بها ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ[١٣] مَجِىءَ صاحِبِها ، فيُغَرِّمُهُ إيّاها ، ولأنها أمانَةٌ فى يَدِه ، فمَلَكَ أخْذَها من غاصِبِها ، كالوَدِيعَةِ .

---

(١٢) فى الأصل زيادة : « بها » .

(١٣) فى م زيادة : « من » .

٩٤٣ ـ مسألة ؛ قال : (أَوْ مِثْلُهَا إنْ كَانَتْ قَدِ اسْتُهْلِكَتْ)

وجملةُ ذلك أنَّ اللُّقَطَةَ فى الحَوْلِ / أمانةٌ فى يَدِ المُلْتَقِطِ ، إن تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطِه أو نَقَصَتْ ، فلا ضَمَانَ عليه ، كالوَدِيعَةِ . ومتى جاءَ صاحِبُها ، فوَجَدَها أخذَها بزِيَادَتِها المُتَّصِلَةِ والمُنْفَصِلَةِ ؛ لأنَّها نَماءُ مِلكِه . وإن أتْلَفَها المُلتقِطُ ، أو تَلِفَتْ بِتَفْرِيطِه ، ضَمِنَها بمِثْلِها إن كانت من ذَوَاتِ الأمْثالِ ، وبقيمَتِها إن لم يكُنْ لها مِثْلٌ . لا أعْلَمُ فى هذا خِلافًا . وإن تَلِفَتْ بعد الحَوْلِ ، ثَبتَ فى ذِمَّتِه مِثْلُها أو قِيمَتُها بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّها دَخَلَتْ فى مِلكِه ، وتَلِفَتْ من مالِه ، وسواءٌ فَرَّطَ فى حِفْظِها أو لم يُفَرِّطْ . وإن وَجَدَ العَيْنَ ناقِصَةً ، وكان نَقْصُها بعدَ الحَوْلِ ، أخَذَ العَيْنَ وأرْشَ نَقْصِها ؛ لأنَّ جَمِيعَها مَضْمُونٌ إذا تَلِفَتْ ، فكذلك إذا نَقَصَتْ . وهذا قولُ أكْثَرِ الفُقَهاءِ[1] الذين حَكَمُوا بمِلْكِه لها بمُضِيِّ حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، وأمَّا مَن قال : لا يَمْلِكُها حتى يَتَمَلَّكَها . لم يُضَمِّنْهُ إيّاها حتى يَتَمَلَّكَها ، وحُكْمُها قبل تَمَلُّكِه إيّاها حُكْمُها قبلَ مُضِيِّ حَوْلِ التَّعرِيفِ . ومن قال : لا تُمْلَكُ اللُّقَطَةُ بحالٍ . لم يُضَمِّنْهُ إيَّاها . وبهذا قال الحَسَنُ ، والنَّخَعِيُّ ، وأبو مِجْلَزٍ ، والحارِثُ العُكْلِيُّ ، ومالِكٌ ، وأبو يوسفَ ، قالوا : لا يَضْمَنُ ، وإن ضاعَتْ بعدَ الحَوْلِ . وقد ذَكَرْنا فيما تَقَدَّمَ دَلِيلَ دُخُولِها فى مِلكِه . وقال دَاوُدُ : إذا تَمَلَّكَ العَيْنَ وأتْلَفَها ، لم يَضْمَنْها . وحَكَى ابنُ أبى موسى ، عن أحمدَ ، أنَّه لَوَّحَ إلى مثلِ هذا القولِ ؛ لِحَدِيثِ عِيَاضِ بن حِمَارٍ ، عن النبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « فَإنْ جاءَ رَبُّها ، وإلَّا فَهِىَ مَالُ اللهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ »[2] . فجَعَلَه مُبَاحًا . وقوله فى حَدِيثِ أُبَىِّ بن كَعْبٍ : « فَإنْ جَاءَ مَنْ يَعْرِفُها ، وإلَّا فَهِىَ كَسَبِيلِ مالِكَ »[3] . وفى حَدِيثِ زَيْدٍ : « فَإنْ جَاءَ صَاحِبُهَا ، وإلَّا فَشَأنَكَ بِهَا »[4] . ورُوِى : « فَهِىَ لَكَ » . ولم يَأْمُرْهُ بِرَدٍّ

(١) فى م : « العلماء » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٧ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٢ .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٠ .

بدَلَها . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « فَإِنْ لَمْ تُعْرَفْ فَاسْتَنْفِقْهَا ، وَلْتَكُنْ وَدِيعةً عِنْدَكَ ، فَإِنْ جَاءَ طَالِبُهَا يَوْمًا مِنَ الدَّهْرِ ، فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ »[5] . وقال الأثْرَمُ : قال أحمدُ : أذْهَبُ إلى حَدِيثِ الضَّحَّاكِ بن عُثْمانَ . جَوَّدَه ، ولم يَرْوِه أحدٌ مثلَ ما رَواه : « إِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَ سَنَةٍ ، وقَدْ أَنْفَقَهَا ، رَدَّهَا إِلَيْهِ »[6] . لأنَّها عَيْنٌ يَلْزَمُ رَدُّها لو كانتْ باقِيةً ، فيَلْزَمُه ضَمَانُها إذا أتْلَفَها ، كما قبلَ الحَوْلِ ، ولأنَّه مالٌ مَعْصُومٌ ، فلم يَجُزْ إسْقاطُ حَقِّه منه مُطْلَقًا ، كما لو اضْطُرَّ إلى مالِ غيرِه . وإن وَجَدَ العَيْنَ زائدةً بعد الحَوْلِ زِيادَةً مُتَّصِلةً ، أخذَها بزِيادَتِها ؛ لأنَّها تَتْبَعُ فى الرَّدِّ بالعَيْبِ والإِقالةِ ، فتَبِعَتْ هـٰهُنا . وإن حَدَثَ بعدَ الحَوْلِ لها نَماءٌ مُنْفَصِلٌ ، فهو لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لأنَّه نَماءُ مِلْكِه مُتَمَيِّزٌ لا يَتْبَعُ فى / الفُسُوخِ ، فكان له ، كَنَماءِ المَبِيعِ إذا رُدَّ بعَيْبٍ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ فيه وَجْهًا آخَرَ ، بِناءً على المُفْلِسِ إذا اسْتُرْجِعَتْ منه العَيْنُ بعدَ أن زادَتْ زِيادَةً مُتَمَيِّزةً ، والوَلَدِ إذا اسْتَرْجَعَ أبُوه ما وَهَبَه[7] له بعد زِيادَتِه . والصَّحِيحُ أنَّ الزِّيادَةَ لِلْمُلْتَقِطِ ؛ لما ذَكَرْناه . وكذلك الصَّحِيحُ فى المَوْضِعَيْنِ اللَّذَيْنِ ذَكَرهم[8] أنَّ الزِّيادَةَ لمن حَدَثَتْ فى مِلْكِه . ثم الفَرْقُ بينهما أنَّه فى مَسْأَلَتِنا يَضْمَنُ النَّقْصَ ، فتكونُ له الزِّيادَةُ ، ليكونَ الخَراجُ بالضَّمانِ ، وثَمَّ لا ضَمَانَ عليه ، فأمْكَنَ أن لا يكونَ الخَرَاجُ له . واللهُ أعلمُ . ومتى اخْتَلَفا فى القِيمَةِ أو المِثْلِ ، فالقولُ قولُ المُلْتَقِطِ مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ بَراءةُ ذِمَّتِه ممَّا حَلَفَ عليه .

١٩٠/٥ ظ

فصل : وإن وَجَدَ العَيْنَ بعد خُرُوجِها من مِلْكِ المُلْتَقِطِ بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو نحوِهما ، لم يكُنْ له الرُّجُوعُ فيها ، وله أخْذُ بَدَلِها ؛ لأنَّ تَصرُّفَ المُلْتَقِطِ وَقَعَ صَحِيحًا ؛ لكَوْنِها صارَتْ فى مِلْكِه . وإن صادَفَها قد رَجَعَتْ إلى المُلْتَقِطِ بِفَسْخٍ أو شِراءٍ أو غيرِ ذلك ، فله أخْذُها ؛ لأنَّه وَجَدَ عَيْنَ مالِه فى يَدِ مُلْتَقِطِه ، فكان له أخْذُه ، كالزَّوْجِ إذا طَلَّقَ

---

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٠ .

(٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب اللقطة يأكلها الغنى والفقير ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/١٨٦ .

(٧) فى م : « وهب » .

(٨) كذا على الجمع .

قَبلَ الدُّخولِ فوَجَدَ الصَّداقَ قد رَجَعَ إلى المَرْأةِ . وسائِرُ أحْكَامِ الرُّجُوعِ هـٰهُنا كَحُكْمِ رُجوعِ الزَّوْجِ ، على ما نَذْكُرُه فى مَوْضِعِه ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : إذا أخذَ اللُّقَطَةَ ، ثم رَدَّها إلى مَوْضِعِها ، ضَمِنَها . رُوِى ذلك عن طاوُسٍ . وبه قال الشافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : لا ضَمَانَ عليه ؛ لما رَوَى الأثْرَمُ ، عن القَعْنَبِىِّ ، عن مالِكٍ ، عن يَحْيَى بن سَعِيدٍ ، عن سُلَيْمانَ بن يَسَارٍ ، عن ثابتِ بن الضَّحّاكِ ، عن عمرَ ، أنَّه قال لِرَجُلٍ وَجَدَ بَعِيرًا : أرْسِلْهُ حيث وَجَدْتَه[9] . ولما رُوِىَ عن جَرِيرِ بن عبدِ الله ، أنَّه رَأَى فى بَقَرِه بَقَرَةً قد لَحِقَتْ بها ، فأمَرَ بها فطُرِدَتْ حتى تَوارَتْ[10] . ولنا : أنها أمَانَةٌ حَصَلَتْ فى يَدِه ، فلَزِمَه حِفْظُها ، فإذا ضَيَّعَها لَزِمَه ضَمَانُها . كالوَضِيعِ الوَدِيعَة . ولأنَّها لمَّا حَصَلَتْ فى يَدِه ، لَزِمَه حِفْظُها ، وتَرْكُها تَضْيِيعُها . فأمَّا حَدِيثُ عمرَ ، فهو فى الضّالَّةِ التى لا تَحِلُّ . فأمَّا ما لا يَحِلُّ الْتِقاطُه إذا أخَذَه ، فيَحْتَمِلُ أنَّ له رَدَّه إلى مَكَانِه ، ولا ضَمَانَ عليه لهذه الآثار ، ولأنَّه كان واجبًا عليه تَرْكُه فى مَكانِه ابْتِداءً ، فكان له ذلك بعد أخْذِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَبْرأَ من ضَمَانِه بِرَدِّه ، لأنَّه[11] دَخَلَ فى ضَمَانِه ، فلم يَبْرأْ من ضَمَانِه بِرَدِّه إلى مَكَانِه ، كالمَسْرُوقِ وما يَجُوزُ الْتِقاطُه ، فعلى هذا لا يَبْرأُ إلَّا بِرَدِّه إلى الإمَامِ أو نائِبِه . وأما عُمَرُ فهو كان الإمامَ ، فإذا أمَرَ بِرَدِّه كان كأخْذِه منه . وحَدِيثُ جَرِيرٍ لا حُجَّةَ فيه ؛ / لأنَّه لم يأْخُذ البَقَرةَ ، ولا أخَذَها غُلَامُه ، إنَّما لَحِقَتْ بالبَقَرِ من غيرِ فِعْلِه ولا اخْتِيارِه . ٥/١٩١ و

---

(٩) أخرجه مالك ، فى : باب القضاء من الضوال ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٥٩ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل يجد ضالة ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/١٩١ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كره أخذ اللقطة ، من كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/٤٦٦ . وعبد الرزاق ، فى : كتاب اللقطة . المصنف ١٠/١٣٣ .

وأخرجه أبو داود بمعناه فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٩ . وانظر تخريج حديث : « لا يؤوى الضالة إلا ضال » فى صفحة ٣٣٨ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : كتاب اللقطة . سنن أبى داود ١/٣٩٩ . وابن ماجه ، فى : باب ضالة الإبل والبقر والغنم ، من كتاب اللقطة . سنن ابن ماجه ٢/٨٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٦٢ .

(١١) فى م : « فإنه » .

فصل : وإن ضاعَتِ اللُّقَطَةُ من مُلْتَقِطِها بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمانَ عليه ؛ لأنَّها أمانَةٌ في يَدِه ، فأشْبَهَتِ الوَدِيعةَ . فإن الْتَقطَها آخَرُ ، فعَرَفَ أنَّها ضَاعَتْ من الأوَّل ، فعليه رَدُّها إليه ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ له حَقُّ التَّمَوُّلِ وَوِلايةُ التَّعْرِيفِ والحِفْظِ ، فلا يَزُولُ ذلك بالضَّياعِ . فإن لم يَعْلَم الثاني بالحالِ حتى عَرَّفَها حَوْلًا ، مَلَكَها ؛ لأنَّ[١٢] سَبَبَ المِلْكِ وُجِدَ منه من غيرِ عُدْوَانٍ ، فيَثْبُتُ المِلْكُ به كالأوَّل ، ولا يَمْلِكُ الأوَّلُ انْتِزاعَها ؛ لأنَّ المِلْكَ مُقَدَّمٌ على حَقِّ التَّمَلُّكِ ، وإذا جاءَ صاحِبُها فله أخْذُها من الثاني ، وليس له مُطَالَبةُ الأوَّلِ ؛ لأنَّه لم يُفَرِّطْ . وإن عَلِمَ الثاني بالأوَّل ، فرَدَّها إليه ، فأبَى أخْذَها ، وقال : عَرِّفْها أنت . فعَرَّفَها ، مَلَكَها أيضا ؛ لأنَّ الأوَّلَ تَرَكَ حَقَّه فسَقَطَ . وإن قال : عَرِّفْها ، ويكونُ مِلْكُها لي . فَفَعَلَ ، فهو مُسْتَنِيبٌ له في التَّعْرِيفِ ، ويَمْلِكُها الأوَّلُ ؛ لأنَّه وَكَّلَه في التَّعْرِيفِ ، فصَحَّ ، كما لو كانت في يَدِ الأوَّلِ . وإن قال : عَرِّفْها ، وتكونُ بَيْنَنا . ففَعَلَ ، صَحَّ أيضا ، وكانت بينهما ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقَّه من نِصْفِها ، ووَكَّلَه في الباقِي . وإن قَصَدَ الثاني بالتَّعْرِيفِ تَمَلُّكَها لِنَفْسِه دُون الأوَّل ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَمْلِكُها[١٣] ؛ لأنَّ سَبَبَ المِلْكِ وُجِدَ منه ، فمَلَكَها ، كما لو أَذِنَ له الأوَّلُ في تَعْرِيفِها لِنَفْسِه . والثاني ، لا يَمْلِكُها ؛ لأنَّ وِلَايةَ التَّعْرِيفِ للأوَّلِ ، أشْبَهَ ما لو غَصَبَها من المُلْتَقِطِ غاصِبٌ فعَرَّفَها . وكذلك الحُكْمُ إذا عَلِمَ الثاني بالأوَّلِ فعَرَّفَها ، ولم يُعْلِمْه[١٤] بها . ويُشْبِهُ هذا المُتَحَجِّرَ في المَوَاتِ إذا سَبَقَه غيرُه إلى ما حَجَّرَهُ ، فأحْياهُ بغيرِ إذْنِه . فأمَّا إن غَصَبَها غاصِبٌ من المُلْتَقِطِ ، فعَرَّفَها ، لم يَمْلِكْها ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لأنَّه مُعْتَدٍ بأخْذِها ولم يُوجَدْ منه[١٥] سَبَبُ تَمَلُّكِها ، فإنَّ الالْتِقاطَ من جُمْلةِ السَّبَبِ ، ولم يُوجَدْ منه . ويُفَارِقُ هذا ما إذا الْتَقَطَها ثانٍ ، فإنَّه وُجِدَ منه الالْتِقاطُ والتَّعْرِيفُ .

---

(١٢) في الأصل زيادة : « حق » .

(١٣) في الأصل زيادة : « الثاني » .

(١٤) في الأصل : « يعلم » .

(١٥) سقط من : الأصل .

فصل : ومَن اصْطادَ سَمَكَةً ، فوَجَدَ فيها دُرَّةً ، فهى لِلصَّيَّادِ ؛ لأنَّ الدُّرَّ يكونُ فى البَحْرِ ، بِدَلِيلِ قولِ الله تعالى : ﴿ وتَسْتَخْرِجُونَ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَها ﴾[16] . فتكون لآخِذِها ، فإن باعَها الصَّيّادُ ولم يَعْلَمْ ، فوَجَدَها المُشْتَرِى فى بَطْنِها ، فهى لِلصَّيَّادِ . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه إذا لم يَعْلَمْ ما فى بَطْنِها فلم يَبِعْهُ ، ولم يَرْضَ بزَوَالِ مِلْكِه عنه ، فلم يَدْخُلْ فى البَيْعِ ، كمن باعَ دَارًا له مالٌ مَدْفُونٌ/فيها . وإن وَجَدَ فى بَطْنِها عَنْبَرةً أو شيئًا ممَّا يكونُ فى البَحْرِ ، فهو لِلصَّيَّادِ ؛ لما ذَكَرْنا . وحُكْمُه حُكْمُ الجَوْهَرَةِ . وإن وَجَدَ دَرَاهِمَ أو دَنانِيرَ ، فهى لُقَطَةٌ ؛ لأنَّ ذلك لا يُخْلَقُ فى البَحْرِ ، ولا يكونُ إلَّا لآدَمِىٍّ ، فيكونُ لُقَطَةً ، كما لو وَجَدَه فى البَحْرِ . وكذلك الحُكْمُ فى الدُّرَّةِ إذا كان فيها أثَرٌ لآدَمِىٍّ ، مثل أن تكونَ مَثْقُوبةً أو مُتَّصِلَةً بذَهَبٍ أو فِضَّةٍ أو غيرِهِما ، فإنَّها تكون لُقَطةً لا يَمْلِكُها الصَّيَّادُ ؛ لأنَّها لم تَقَعْ فى البَحْرِ حتى تَثْبُتَ اليَدُ عليها ، فهى كالدِّينارِ . وكذلك الحُكْمُ فى العَنْبَرةِ إذا كانت مَوْصُولةً بِذَهَبٍ أو فِضّةٍ ، أو مَصْنُوعةً ، كالتُّفَّاحَةِ مَثْقُوبةً ، ونحو ذلك ممَّا لا يُخْلَقُ عليه فى البَحْرِ ، فهى لُقَطَةٌ . وإن وَجَدَها الصَّيَّادُ فعليه تَعْرِيفُها ؛ لأنَّه مُلْتَقِطُها ، وإن وَجَدَها المُشْتَرِى ، فالتَّعْرِيفُ عليه ؛ لأنَّه واجِدُها ، ولا حاجَةَ إلى البِدَايةِ بالبائعِ ، فإنَّه لا يَحْتَمِلُ أن تكونَ السَّمَكةُ ابْتَلَعَتْ ذلك بعدَ اصْطِيَادِها ومِلْكِ الصَّيَّادِ لها ، فاسْتَوَى هو وغيره . فأمَّا إن اشْتَرَى شاةً ، ووَجَدَ فى بَطْنِها دُرَّةً أو عَنْبَرةً أو دَنَانِيرَ أو دَرَاهِمَ ، فهى لُقَطَةٌ يُعَرِّفُها ، ويَبْدَأُ بالبائعِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن تكونَ ابْتَلَعَتْها من[17] مِلْكِه فيَبْدَأُ به ، كقَوْلِنا فى مُشْتَرِى الدَّارِ إذا وَجَدَ فيها مالًا مَدْفُونًا . وإن اصْطادَ السَّمَكةَ من غيرِ البَحْرِ ، كالنَّهْرِ والعَيْنِ ، فحُكْمُها حُكْمُ الشَّاةِ ، فى أنَّ ما وُجِدَ فى بَطْنِها من ذلك فهو لُقَطةٌ ، دُرَّةً كانت أو غيرَها ؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ إلَّا فى البَحْرِ بحُكْمِ العادَةِ . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ الدُّرّةُ لِلصَّيَّادِ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَمِنْ كُلٍّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا وتَسْتَخْرِجُونَ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا ﴾ .

(16) سورة فاطر 12 .

(17) فى م : « فى » .

فصل : وإن وَجَدَ عَنْبَرةً على ساحِلِ البَحرِ ، فهى له ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أن يكونَ البَحْرُ أَلْقَاها ، والأصْلُ عَدَمُ المِلْكِ فيها ، فكانت مُباحَةً لآخِذِها ، كالصَّيْدِ . وقد رَوَى سَعِيدٌ ، قال : حَدَّثَنا إسماعيلُ بن عَيَّاشٍ ، عن مُعَاوِيَةَ بن عَمْرٍو العَبْدِىِّ[18] ، قال : أَلْقَى بَحْرُ عَدَنَ عَنْبَرةً مثل البَعِيرِ ، فأَخَذَها ناسٌ بعَدَنَ . فكتب إلى عمرَ بن عبد العَزِيزِ ، فكُتِبَ إلينا ، أن خُذُوا منها الخُمْسَ ، وادْفَعُوا إليهم سائِرَها ، وإن بَاعُوكُمُوها فاشْتَرُوها . فأرَدْنا أن نَزِنَها فلم نَجِدْ مِيزَانًا يُخْرِجُها ، فقَطَعْناها اثْنَيْنِ ، وَوَزَنَّاها ، فوَجَدْناها سِتَّمائةَ رَطْلٍ ، فأَخَذْنا خُمْسَها ، ودَفَعْنا سائِرَها إليهم ، ثم اشْتَرَيْناها بخَمْسَة آلافِ دِينَارٍ ، وبَعَثْنا بها إلى عمرَ بن عبد العزيزِ ، فلم يَلْبَثْ إلا قَلِيلًا حتى باعَها بثَلاثَةٍ وثَلاثِينَ أَلْفَ دِينَارٍ .

فصل : وإن صادَ غَزَالًا ، فوَجَدَه مَخْضُوبًا ، أو فى عُنُقِه حِرْزٌ ، أو فى أُذُنِه قُرْطٌ ، ونحو ذلك ممَّا يَدُلُّ على ثُبُوتِ / اليَدِ عليه ، فهو لُقَطَةٌ ؛ لأنَّ ذلك دَلِيلٌ على أنَّه كان مَمْلُوكًا . وقال أحمدُ ، فى مَن أَلْقَى شَبَكةً فى البَحْرِ ، فوَقَعَتْ فيها سَمَكةٌ ، فجَذَبَتِ الشَّبَكَةَ ، فمَرَّتْ بها فى البَحْرِ ، فصَادَها رَجُلٌ ، فإنَّ السَّمَكةَ للذى حازَها ، والشَّبَكةُ يُعَرِّفُها ويَدْفَعُها إلى صاحِبِها . فجَعَلَ الشَّبَكةَ لُقَطَةً ؛ لأنَّها مَمْلُوكةٌ لآدَمِىٍّ ، والسَّمَكَةَ لمن صَادَها ؛ لأنَّها كانت مُباحةً ولم يَمْلِكْها صاحِبُ الشَّبَكَةِ ، لكَوْنِ شَبَكَتِه لم تُثْبِتْها ، فبَقِيَتْ على الإِباحةِ ، وهكذا لو نَصَبَ فَخًّا أو شَرَكًا ، فوَقَعَ فيه صَيْدٌ من صُيُودِ البَرِّ ، فأَخَذَه وذَهَبَ به ، وصادَه آخَرُ ، فهو لمن صادَه ، ويَرُدُّ الآلَةَ إلى صَاحِبِها ، فهى لُقَطَةٌ يُعَرِّفُها . وقال أحمدُ ، فى رَجُلٍ انْتَهى إلى شَرَكٍ فيه حِمَارُ وَحْشٍ ، أو ظَبْيَةٌ ، قد شارَفَ المَوْتَ ، فخَلَّصَه وذَبَحَه : هو لِصَاحِبِ الأُحْبُولَةِ ، وما كان من الصَّيْدِ فى الأُحْبُولَةِ فهو لمن نَصَبَها ، وإن كان بازِيًّا أو صَقْرًا أو عُقَابًا . وسُئِلَ عن بازِىٍّ أو صَقْرٍ أو كَلْبٍ مُعَلَّمٍ أو فَهْدٍ ، ذَهَبَ عن صَاحِبه ، فدَعَاهُ فلم يُجِبْه ، ومَرَّ فى الأَرْضِ حتى أتى لذلك

(١٨) فى الأصل : « العبدرى » .

أيام ، فأتى قَرْيَةً ، فسَقَطَ على حائِطٍ ، فدَعَاه رَجُلٌ فأَجَابَه؟ قال : يَرُدُّه على صاحِبه . قيل له : فإن دَعَاهُ فلم يُجِبْه فنَصَبَ له شَرَكًا فصَادَه به ؟ قال : يَرُدُّه على صاحِبه . فجَعَلَ هذا لِصَاحِبه ؛ لأنَّه قد مَلَكَه ، فلم يَزُلْ مِلْكُه عنه بذَهَابه عنه ، والسَّمَكَة فى الشَّبَكةِ ، لم يكُنْ مَلَكَها ولا حازَها ، وكذلك جَعَلَ ما وَقَعَ فى الْحُبُولَةِ من البازِىِّ والصَّقْرِ والعُقَابِ لِصاحِبِ الحبُولَةِ ، ولم يَجْعلْه هـٰهُنا لمن وَقَعَ فى شَرَكِه ؛ لأنَّ[19] هذا فيما عُلِمَ أنَّه قد كان مَمْلُوكًا لإنسانٍ فذَهَبَ ، وإنما يُعلَمُ هذا بالخَبَرِ ، أو بوُجُودِ ما يَدُلُّ على المِلْكِ فيه ، مثل وُجُودِ السَّيْرِ فى رِجْلِه ، أو آثارِ التَّعْلِيمِ[20] ، مثل اسْتِجَابَتِه للذى يَدْعُوه ، ونحو ذلك . ومتى لم يُوجَدْ ما يَدُلُّ على أنَّه مَمْلُوكٌ ، فهو لمن اصْطَادَه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ المِلْكِ فيه وإباحَتُه .

فصل : ومن أُخِذَتْ ثِيَابُه من الحَمّامِ ، ووَجَدَ بَدَلَها ، أو أُخِذَ مَدَاسُه ، وتُرِكَ له بَدَلُه ، لم يَمْلِكْه بذلك . قال أبو عبدِ الله ، فى مَن سُرِقَتْ ثِيَابُه وَوَجَدَ غيرَها : لم يَأْخُذْها ، فإن أخَذَها عَرَّفَها سَنَةً ، ثم تَصدَّقَ بها . إنَّما قال ذلك ؛ لأنَّ سارِقَ الثِّيابِ لم تَجْرِ بينه وبين مالِكِها مُعَاوَضَةٌ تَقتَضِى زَوَالَ مِلْكِه عن ثِيَابه ، فإذا أخَذَها فقد أخَذَ مالَ غيرِه ، ولم يَعْرِفْ صاحِبَه ، فيُعَرِّفُه كاللُّقَطَةِ . ويَحْتَمِلُ أن يُنْظَرَ فى هذا ، فإن كانت ثَمَّ قَرِينَةٌ تَدُلُّ على السَّرِقَةِ ، بأن تكونَ ثِيَابُه أو مَدَاسُه خَيْرًا من / المَتْرُوكةِ ، وكانت مِمَّا لا تَشْتَبِهُ على الآخِذِ بِثِيَابه ومَدَاسِه ، فلا حاجَةَ إلى التَّعْرِيفِ ؛ لأنَّ التَّعْرِيفَ إنَّما جُعِلَ[21] فى المالِ الضائعِ عن رَبِّه ، لِيَعْلَمَ به ويَأْخُذَه ، وتارِكُ هذا عالِمٌ به راضٍ بِبَدَلِه عِوَضًا عما أخَذَه ، ولا يَعْتَرِفُ أنَّه له ، فلا يَحْصُلُ فى تَعْرِيفِه فائِدَةٌ ، فإذا ليس هو بمَنْصُوصٍ عليه ، ولا فى مَعْنَى المَنْصُوصِ ، وفيما يَصْنَعُ بها ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، أنَّه يَتَصَدَّقُ بها على ما ذَكَرْنا . الثانى ، أنَّه يُباحُ له أخْذُها ؛ لأنَّ صاحِبَها فى الظاهِرِ تَرَكَها له باذِلًا إيَّاها له عِوَضًا عما أخَذَه ، فصارَ كالمُبِيحِ له أخْذَها بِلِسَانِه ، فصارَ كمن قَهَرَ

١٩٢/٥ ظ

(١٩) فى الأصل : « لأنه » .

(٢٠) فى م : « التعلم » .

(٢١) فى الأصل : « يجعل » .

إنسانًا على أخذِ ثَوْبه ، ودَفَعَ إليه دِرْهمًا . الثالث ، أنَّه يَرْفَعُها إلى الحاكِم ، لِيَبِيعَها ، ويَدْفَعَ إليه ثَمَنها عِوَضًا عن مالِه . والوَجْهُ الثانى أقْرَبُ إلى الرِّفْقِ بالناسِ ؛ لأنَّ فيه نَفْعًا لمن سُرِقَتْ ثِيَابُه ، بِحُصُولِ عِوَضٍ عنها ، ونَفْعًا لِلسَّارِقِ بالتَّخْفِيفِ عنه من الإِثْمِ ، وحِفْظًا لهذه الثِّيابِ المَتْرُوكةِ من الضَّيَاعِ ، وقد أباحَ بعضُ أهْلِ العِلْمِ لمن له على إنْسانٍ حَقٌّ من دَيْنٍ أو غَصْبٍ ، أن يَأْخُذَ من مالِ مَنْ عليه الحَقُّ بِقَدْرِ ما عليه ، إذا عَجَزَ عن[22] اسْتِيفَائِه بغير ذلك ، فهنا مع رِضَاءِ مَنْ عليه الحَقُّ بأخْذِه أَوْلَى . وإن كانت ثَمَّ قَرِينَةٌ دَالَّةٌ على أنَّ الآخِذَ للثِّيابِ إنَّما أخَذَها ظَنًّا منه أنَّها ثِيَابُه ، مثل أن تكونَ المَتْرُوكَةُ خَيْرًا من المأْخُوذَةِ أو مثلَها ، وهى ممَّا[23] تَشْتَبِه بها ، فيَنْبَغِى أن يُعَرِّفَها هٰهُنا ؛ لأنَّ صَاحِبَها لم يَتْرُكْها عَمْدًا ، فهى بمَنْزِلَةِ الضائِعَةِ منه . والظاهِرُ أنَّه إذا عَلِمَ بها ، أخَذَها وَرَدَّ ما كان أخَذَه ، فتَصِيرُ كاللُّقَطَةِ فى المَعْنَى ، وبعدَ التَّعْرِيفِ إذا لم تُعْرَفْ ، ففيها الأَوْجُهُ التى ذَكَرْناها ، إلَّا أنَّنا إذا قُلْنا يَأْخُذُها أو يَبِيعُها الحاكِمُ ويَدْفَعُ إليه ثَمَنَها ، فإنَّما يَأْخُذُ بِقَدْرِ قِيمَةِ ثِيَابه ، لا يَزِيدُ عليها ؛ لأنَّ الزَّائِدَ فاضِلٌ عَما يَسْتَحِقُّه ، و لم يَرْضَ صاحِبُها بتَرْكِها عِوَضًا عمَّا أخَذَه ، فإنَّه لم يَأْخُذْ غيرَها اخْتِيارًا منه لِتَرْكِها ، ولا رَضِىَ بالمُعَاوَضةِ بها . وإذا قُلْنَا : إنه يَدْفَعُها إلى الحاكِمِ لِيَبِيعَها ، ويَدْفَعَ إليه ثَمَنَها . فله أن يَشْتَرِيَها بثَمَنٍ فى ذِمَّتِه ، ويُسْقِطَ عنه من ثمَنِها ما قابَلَ ثِيَابَه ، ويَتَصَدَّقَ بالباقِى . والله أعلمُ .

فصل : قال أحمدُ ، فى من عندَه رُهُونٌ ، قد أتَى عليها زَمَانٌ لا يُعْرَفُ صاحِبُها : يَبِيعُها ، ويَتَصَدَّقُ بثَمَنِها ، فإن جاءَ صاحِبُها غَرِمَها له . وهذا مَحْمولٌ على مَن اسْتَوْفَى دُيُونَه التى رَهَنَ الرَّهْنَ بها ، فأمَّا من لم يَسْتَوْفِ دَيْنَه ، فإن كان قد / أذِنَ له فى بَيْعها ، ١٩٣/٥ و

---

(٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى م : « وما » .

باعَها ، واستَوْفَى دَيْنَه من ثمَنِها ، وتَصدَّقَ بالباقِى ، وإن لم يكُنْ أَذِنَ له فى بَيْعِها ، رفَعَها إلى الحاكِم لِيَبيعَها ، ويَقْضِيَه[24] حَقَّه من ثَمَنِها ، ويَتصَدَّقَ بِبَاقِيه .

فصل : نَقَلَ الفَضْلُ بن زِيَادٍ ، عن أحمدَ ، إذا تَنازَعَ صاحِبُ الدَّارِ والسَّاكِنُ فى دِفْنٍ فى الدَّارِ ، فقال كلُّ واحدٍ منهما : أنا دَفَنْتُه . بَيَّنَ[25] كلُّ واحدٍ منهما ما الذى دَفَنَ ، فكلُّ مَن أصَابَ الوَصْفَ فهو له ، وذلك لأنَّ ما يُوجَدُ فى الأرْضِ من الدِّفْنِ ممَّا عليه عَلَامَةُ المُسْلِمينَ ، فهو لُقَطَةٌ ، واللُّقَطَةُ تُسْتَحَقُّ بِوَصْفِها ، ولأنَّ المُصِيبَ لِلْوَصْفِ فى الظاهِرِ هو مَنْ كان ذلك فى يَدِه ، فكان أحَقَّ به ، كما لو تَنَازَعَه أجْنَبِيَّانِ ، فوَصَفَه أحَدُهُما .

فصل : ومن وَجَدَ لُقَطةً فى دارِ الحَرْبِ ، فإن كان فى الجَيْشِ ، فقال أحمدُ : يُعَرِّفُها سَنَةً فى دارِ الإسْلامِ ، ثم يَطْرَحُها فى المَقْسِمِ[26] . إنَّما عَرَّفَها فى دارِ الإسْلامِ ؛ لأنَّ أمْوالَ أهْلِ الحَرْبِ مُبَاحَةٌ ، ويجوزُ أن تكونَ لِمُسْلمٍ ، ولأنَّه قد لا يمكنُه المُقَامَ فى دارِ الحَرْبِ لِتَعْرِيفِها . ومَعْناه – والله أعلم – يُتَمِّمُ التَّعْرِيفَ فى دارِ الإسْلامِ ، فأمَّا ابْتِداءُ التَّعْرِيفِ فيكونُ فى الجَيْشِ الذى هو فيه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن تكونَ لأحَدِهِم ، فإذا قَفَلَ أتَمَّ التَّعْرِيفَ فى دارِ الإسْلامِ . فأمَّا إن كان دَخَلَ دارَهُم بأمَانٍ ، فيَنْبَغِى أن يُعَرِّفَها فى دَارِهِم ؛ لأنَّ أمْوالَهُم مُحَرَّمَةٌ عليه ، فإذا لم تُعْرَفْ ، ملَكَها كما يَمْلِكُها فى دارِ الإسْلامِ . وإن كان فى الجَيْشِ ، طَرَحَها فى المَقْسِمِ بعد التَّعْرِيفِ ؛ لأنَّه وَصَلَ إليها بِقُوَّةِ الجَيْشِ ، فأشْبَهَتْ مُبَاحَاتِ دارِ الحَرْبِ إذا أخَذَ منها شَيْئًا . وإن دَخَلَ إليهم

---

(٢٤) فى م : « ويقبضه » .

(٢٥) فى الأصل : « يبين » .

(٢٦) فى الأصل : « القسم » .

مُتَلَصِّصًا ، فوَجَدَ لُقَطةً ، عَرَّفَها فى دارِ الإسْلَامِ ؛ لأنَّ أمْوالَهم مُباحَةٌ له ، ثم يكون حُكْمُها حُكْمَ غَنِيمَتِه . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ غَنِيمةً له ، لا تَحْتاجُ إلى تَعْرِيفٍ ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّها من أمْوالِهِم ، وأمْوالُهم غَنِيمَةٌ .

٩٤٤ ـ مسألة ؛ قال : (**وإنْ كَانَ المُلْتَقِطُ قَدْ مَاتَ ، فَصَاحِبُهَا غَرِيمٌ بِهَا**)

وجملةُ ذلك أن المُلْتَقِطَ إذا ماتَ ، واللُّقَطَةُ مَوْجُودَةٌ بِعَيْنِها ، قام وارِثُه مَقامَه فى إتْمامِ تَعْرِيفِها إن ماتَ قبل الحَوْلِ ، ويَمْلِكُها بعدَ إتْمامِ التَّعْرِيفِ ، فإن ماتَ بعدَ الحَوْلِ ، وَرِثَها الوارِثُ ، كسائِرِ أمْوالِ المَيِّتِ ، ومتى جاءَ صاحِبُها ، أخَذَها من الوارِثِ ، كما يَأْخُذُها من المَوْرُوثِ ، فإن كانت مَعْدُومةَ العَيْنِ ، فصَاحِبُها غَرِيمٌ لِلمَيِّتِ بِمِثْلِها إن كانت من ذَوَاتِ الأمْثالِ ، أو بقيمَتِها إن لم تكُنْ كذلك ، فيأْخُذُ ذلك من تَرِكَتِه / إن اتَّسَعَتْ لذلك ، وإن ضاقَتْ التَّرِكَةُ زاحَمَ الغُرَماءُ بِبَدَلِها ، سواءٌ تَلِفَتْ بعدَ الحُلُولِ بفِعْلِه أو بغيرِ فِعْلِه ؛ لأنَّها قد دَخَلَتْ فى مِلْكِه بمُضِىِّ الحَوْلِ . وإن عَلِمَ أنَّها تَلِفَتْ قبلَ الحَوْلِ بغير تَفْرِيطِه ، فلا ضَمانَ عليه ، ولا شىءَ لِصَاحِبِها ؛ لأنَّها أمانَةٌ فى يَدِه تَلِفَتْ بغيرِ تَفْرِيطِه ، فلم يَضْمَنْها ، كالوَدِيعَةِ ، وكذلك إن تَلِفَتْ بعدَ الحَوْلِ قبلَ تَمَلُّكِها من غيرِ تَفْرِيطٍ ، على رَأْىِ من رَأَى أنَّها لا تَدْخُلُ فى مِلْكِه حتى يَتَمَلَّكَها . وقد مَضَى الكَلَامُ فى ذلك . فأمَّا إن لم يَعْلَمْ تَلَفَها ، ولم يَجِدْها (١فى تَرِكَتِه١) ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ صاحِبَها غَرِيمٌ بها ، سواءٌ كان قبلَ الحَوْلِ أو بعدَه ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاؤُها . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَ المُلْتَقِطَ شىءٌ ، ويَسْقُطَ حَقُّ صاحِبِها ، لأنَّ الأصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ المُلْتَقِطِ منها . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ قد(٢) تَلِفَتْ بغيرِ تَفريطِه ، فلا تُشْغَلُ ذِمَّتُه بالشَّكِّ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن كان المَوْتُ قبلَ الحَوْلِ فلا شىءَ عليه ؛ لأنَّها كانت أمانةً عندَه ، ولم تُعْلَمْ جِنايَتُه فيها ، والأصْلُ بَرَاءةُ ذِمَّتِه منها . وإن ماتَ بعد الحَوْلِ ، فهى فى تَرِكَتِه ؛

٥/١٩٣ ظ

(١ ـ ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

لأنَّ الأصْلَ بقاؤُها إلى ما بعدَ الحَوْلِ ، ودُخولُها فى مِلْكِه ، ووُجوبُ بَدَلِها عليه . فإن قيل : فقد قُلْتُم إنَّ صاحِبَها لو جاءَ (٣ بعد بَيْعِ ٣) المُلْتَقِطِ لها ، أو هِبَتِه ، لم يكُنْ له إلَّا بَدَلُها ، فلِمَ قُلْتُم إنَّها إذا انْتَقَلَتْ إلى الوارِثِ يَمْلِكُ صاحِبُها أخْذَها ؟ قُلْنا : لأنَّ الوارِثَ خَليفةُ المَوْرُوثِ ، وإنَّما يَثْبُتُ له المِلْكُ فيها على الوَجْهِ الذى كان ثابتًا لِمَوْرُوثِه ، ومِلْكُ مَوْرُوثِه فيها كان مُراعاةً مَشْرُوطًا بِعَدَمِ مَجِىءِ صاحِبِها ، فكذلك مِلْكُ وارِثِه ، بخِلَافِ مِلْكِ المُشْتَرِى والمُتَّهِبِ ، فإنَّهما يَمْلِكانِ مِلْكًا مُسْتَقِرًّا .

٩٤٥ - مسألة ؛ قال : (وإنْ كَانَ صَاحِبُهَا جَعَلَ لِمَنْ وَجَدَهَا شَيْئًا مَعْلُومًا ، فَلَهُ أخْذُهُ إنْ كَانَ الْتَقَطَهَا بَعْدَ أنْ بَلَغَهُ الجُعْلُ)

وجملةُ ذلك أنَّ الجَعَالَةَ فى رَدِّ الضَّالَّةِ والآبِقِ وغيرِهما جائِزَةٌ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، والشافِعِىِّ . ولا نَعلَمُ فيه مُخالِفًا . والأصْلُ فى ذلك قولُ اللهِ عز وجل : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[1] . ورَوَى أبو سَعِيدٍ ، أنَّ ناسًا من أصْحابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، أتَوْا حَيًّا من أحْياءِ العَرَبِ ، فلم يَقْرُوهُم ، فبينما هم كذلك إذ لُدِغَ سَيِّدُ أولئكَ ، فقالوا : هل فيكم رَاقٍ ؟ فقالوا : لم تَقْرُونا ، فلا نَفْعَلُ حتى تَجْعَلُوا لنا جُعْلًا . فجَعَلُوا لهم قَطِيعَ شِياهٍ ، فجَعَلَ رَجُلٌ يَقرأُ بأُمِّ القُرْآنِ ، ويَجْمَعُ بُزَاقَه وَيتْفُلُ ، فبَرَأَ الرَّجُلُ ، فأتَوْهُم بالشَّاءِ ، فقالوا : لا نَأْخُذُها حتى نَسْأَلَ عنها رسولَ اللهِ ﷺ / . فسَأَلُوا النبىَّ ﷺ ، فقال : « وَمَا أدْرَاكَ أنَّها رُقْيَةٌ ؟ خُذُوهَا ، واضْرِبُوا لِى مَعَكُمْ بِسَهْمٍ » . رَوَاه البُخارِىُّ[2] . ولأنَّ الحاجةَ تَدْعُو إلى ذلك ، فإنَّ العَمَلَ قد يكونُ مَجْهُولًا ، كرَدِّ الآبِقِ والضَّالَّةِ ونحوِ ذلك ، ولا تَنْعَقِدُ الإجارَةُ فيه ، والحاجَةُ داعِيَةٌ إلى رَدِّهما ، وقد لا يَجِدُ مَنْ يَتَبَرَّعُ به ، فدَعَتِ الحاجَةُ إلى إباحةِ بَذْلِ الجُعْلِ فيه ، مع جَهالَةِ العَمَلِ ؛ لأنَّها غيرُ لازِمَةٍ ، بخِلَافِ الإجَارَةِ ، ألا تَرَى أنَّ الإجارَةَ لمّا كانت لازِمَةً ، افْتَقَرَتْ إلى تَقْدِيرِ مُدَّةٍ ، والعُقُودُ الجائِزَةُ كالشَّرِكَةِ والوَكَالَةِ لا يَجِبُ تَقْدِيرُ مُدَّتِها ، ولأنَّ الجائِزَةَ لكلِّ واحِدٍ منهما تَرْكُها ، فلا يُؤَدِّى إلى أن يَلْزَمَهُ مَجْهُولٌ عندَه ،

١٩٤/٥ و

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(١) سورة يوسف ٧٢ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٣٧ .

بخِلَافِ اللَّازِمَةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإذا قال : مَنْ رَدَّ علىَّ ضَالَّتِى أو عَبْدِىَ الآبِقَ ، أو خَاطَ لى هذا القَمِيصَ ، أو بَنَى لى هذا الحائِطَ ، فله كذا وكذا . صَحَّ ، وكان عَقْدًا جائِزًا ، لكلِّ واحدٍ منهما الرُّجُوعُ فيه قبلَ حُصُولِ العَمَلِ . لكنْ إن رَجَعَ الجاعِلُ قبلَ التَّلَبُّسِ بالعَمَلِ ، فلا شىءَ عليه ، وإن رَجَعَ بعدَ التَّلَبُّسِ به ، فعليه لِلْعامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِه ؛ لأنَّه إنَّما عَمِلَ بعِوَضٍ ، فلم يُسَلَّمْ له . وإن فَسَخَ العامِلُ قبلَ إتْمامِ العَمَلِ ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقَّ نَفْسِه ، حيث لم يَأْتِ بما شَرَطَ عليه العِوَضَ ، ويَصِيرُ كعَامِلِ المُضَارَبةِ إذا فَسَخَ قبلَ ظُهُورِ الرِّبْحِ . ولابُدَّ أن يكونَ العِوَضُ مَعْلُومًا . والفَرْقُ بينه وبين العَمَلِ من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ الحاجَةَ تَدْعُو إلى كَوْنِ العَمَلِ مَجْهُولًا ، بأن لا يَعْلَمَ مَوْضِعَ الضَّالَّةِ والآبِقِ ، ولا حاجَةَ تَدْعُو[3] إلى جَهَالةِ العِوَضِ . والثانى ، أنَّ العَمَلَ لا يَصِيرُ لازِمًا ، فلم يَجِبْ كَوْنُه مَعْلُومًا ، والعِوَضُ يَصِيرُ لازِمًا بإتْمامِ العَمَلِ ، فوَجَبَ كونُه مَعْلُومًا . ويَحْتَمِلُ أن تجوزَ الجَعالَةُ مع جَهَالةِ العِوَضِ ، إذا كانت الجَهالَةُ لا تَمنَعُ التَّسْلِيمَ ، نحو أن يقول : مَنْ رَدَّ عَبْدِى الآبِقَ فله نِصفُه ، ومن رَدَّ ضَالَّتِى فله ثُلُثُها . فإنَّ أحمدَ قال : إذا قال الأمِيرُ فى الغَزْوِ : مَنْ جاءَ بعَشْرَةِ رُءُوسٍ فله رَأْسٌ . جازَ . وقالوا : إذا جَعَلَ جُعْلًا لمن يَدُلُّه على قَلْعةٍ ، أو طَرِيقٍ سَهْلٍ ، وكان الجُعْلُ من مالِ الكُفَّارِ ، جازَ أن يكون مَجْهُولًا ، كجَارِيَةٍ يُعَيِّنُها العامِلُ . فيُخَرَّجُ هٰهُنا مثلُه . فأمَّا إن كانت الجَهَالَةُ تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، لم تَصِحَّ الجَعَالَةُ ، وَجْهًا واحِدًا . وإن كان العَمَلُ مَعْلُومًا ، مثل أن يقول : مَنْ رَدَّ عَبْدِى من البَصْرَةِ ، أو بَنَى لى / هذا الحائِطَ ، أو خَاطَ قَمِيصِى هذا ، فله كذا . صَحَّ ؛ لأنَّه إذا صَحَّ مع الجَهَالَةِ فمع العِلْمِ أَوْلَى . وإن عَلَّقَه بمُدَّةٍ مَعْلُومةٍ ، فقال : مَنْ رَدَّ لى[4] عَبْدِى من العِراقِ فى[5] شَهْرٍ ، فله دِينَارٌ . أو من خَاطَ قَمِيصِى هذا فى اليومِ ، فله دِرْهَمٌ . صَحَّ ؛ لأنَّ المُدَّةَ إذا جازَتْ مَجْهُولةً ، فمع

٥/١٩٤ ظ

(٣) سقط من : م .
(٤) سقط من : الأصل .
(٥) فى م : « إلى » .

التَّقدِيرِ أَوْلَى . فإن قيل : الصَّحِيحُ من المذهبِ أنَّ مثلَ هذا لا يجوزُ فى الإجارةِ ، فكيف أجَزْتُمُوه فى الجَعَالَةِ ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينهما من وُجُوهٍ ؛ أحدها ، أنَّ الجعالَةَ يَحْتَمِلُ فيها الغَرَرَ ، وتجوزُ مع[6] جَهَالةِ العَمَلِ والمُدَّةِ ، بخِلَافِ الإجارَةِ . الثانى ، أنَّ الجَعَالَةَ عَقْدٌ جائِزٌ ، فلا يَلْزَمُهُ بالدُّخُولِ فيها مع الغَرَرِ ضَرَرٌ ، بخِلَافِ الإجارَةِ ، فإنَّها عَقْدٌ لازِمٌ ، فإذا دَخَلَ فيها مع الغَرَرِ ، لَزِمَهُ ذلك . الثالث ، أنَّ الإجارةَ إذا قُدِّرتْ بمُدَّةٍ ، لَزِمَه العَمَلُ فى جَمِيعِها ، ولا يَلْزَمُه العَمَلُ بعدَها ، فإذا جَمَعَ بين تَقْدِيرِ المُدَّةِ والعَمَلِ ، فربَّما عَمِلَه قبلَ المُدَّةِ ، فإن قُلْنا : يَلْزَمُه العَمَلُ فى بَقِيَّةِ المُدَّةِ . فقد لَزِمَهُ من العَمَلِ أكْثَرُ من المَعْقُودِ عليه . وإن قُلْنا : لا يَلْزَمُه . فقد خَلَا بعضُ المُدَّةِ من العَمَلِ ، وإن انْقَضَتِ المُدَّةُ قبل عَمَلِه ، فألْزَمْناه إتْمامَ العَمَلِ ، فقد لَزِمَه العَمَلُ فى غيرِ المُدَّةِ المَعْقُودِ عليها ، وإن قُلْنا : لا يَلْزَمُه العَمَلُ . فما أتَى بالمَعْقُودِ عليه [7]من العَمَلِ[7] ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا ، فإنَّ العَمَلَ الذى يَسْتَحِقُّ به الجُعْلَ هو عَمَلٌ مُقَيَّدٌ بمُدَّةٍ ، إن أتَى به فيها اسْتَحَقَّ الجُعْلَ ، ولا[8] يَلْزَمُه شىءٌ آخَرُ ، وإن لم يَفِ به فيها ، فلا شىءَ له . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّما يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ مَن عَمِلَ العَمَلَ بعدَ أن بَلَغَه ذلك ، لأنَّه عِوَضٌ يُسْتَحَقُّ بعَمَلٍ ، فلا يَسْتَحِقُّه مَنْ لم يَعْمَلْ ، كالأجْرِ فى الإجارَةِ .

فصل : ويجوزُ أن يَجْعَلَ الجُعْلَ فى الجَعالَةِ لواحِدٍ بعَينِه ، فيقولَ له : إن رَدَدْتَ عَبْدِى فلك دِينَارٌ . فلا يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ من يَرُدُّه[9] سواهُ . ويجوزُ أن يَجْعَلَه لغيرِ مُعَيَّنٍ ، فيقولَ : من رَدَّ عَبْدِى فله دِينارٌ . فمن رَدَّه اسْتَحَقَّ الجُعْلَ . ويجوزُ أن يَجْعَلَ لواحِدٍ فى رَدِّه شيئًا مَعْلُومًا ، ولآخَرَ أكْثَرَ منه أو أقَلَّ . ويجوزُ أن يَجْعَلَ لِلْمُعَيَّنِ[10] عِوَضًا ، ولسائِرِ الناسِ عِوَضًا آخَرَ ؛ لأنَّه يجوزُ أن يكونَ الأجْرُ فى الإجارَةِ مُخْتَلِفًا مع

---

(٦) سقط من : م .

(٧ – ٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى الأصل : « ولم » .

(٩) فى الأصل : « رده » .

(١٠) فى م : « للمتعين » .

التَّساوِى فى العَمَلِ ، فهـٰهُنا أَوْلَى . فإن قال من قال : مَنْ رَدَّ لُقَطتِى فله دِينارٌ . فرَدَّها ثَلاثَةٌ ، فلهم الدِّينارُ بينهم أثلاثًا ؛ لأنَّهم اشْتَرَكُوا فى العَمَلِ الذى يُسْتَحقُّ به العِوَضُ ، فاشْتَرَكُوا فى العِوَضِ ، كالأجْرِ فى الإجَارَةِ . فإن قيل : أليس لو قال : مَن دَخَلَ هذا النَّقْبَ فله دِينارٌ . /فدَخَلَه جَماعةٌ ، اسْتَحَقَّ كلُّ واحدٍ منهم دِينَارًا كامِلًا ، فلِمَ لا يكونُ هـٰهُنا كذلك ؟ قُلْنا : لأنَّ كلَّ واحدٍ من الدَّاخِلِينَ دَخَلَ دُخولًا كامِلًا ، كدُخولِ المُنْفَرِدِ ، فاسْتَحَقَّ العِوَضَ كامِلًا ، وهـٰهُنا لم يَرُدَّه واحدٌ منهم كامِلًا ، إنَّما اشْتَرَكُوا فيه ، فاشْتَرَكُوا فى عِوَضِه . فنَظِيرُ مَسْأَلَةِ الدُّخولِ ما لو قال : مَنْ رَدَّ عَبْدًا من عَبِيدِى فله دِينارٌ . فرَدَّ كلُّ واحدٍ منهم عَبْدًا . ونَظِيرُ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ ما لو قال : من نَقَبَ السُّورَ فله دِينارٌ . فنَقَبَ ثَلاثَةٌ نَقْبًا واحِدًا[11] . فإن جَعَلَ لواحدٍ فى رَدِّها دِينارًا ، ولآخَرَ دِينارَيْنِ ، ولِثالِثٍ ثَلاثةً ، فرَدَّه الثَّلاثةُ فلكلِّ واحدٍ منهم ثُلُثُ ما جَعَلَ له ؛ لأنَّه عَمِلَ ثُلُثَ العَمَلِ ، فاسْتَحَقَّ ثُلُثَ المُسَمَّى . فإن جَعَلَ لواحدٍ دِينارًا ، وللآخَرَيْنِ[12] عِوَضًا مَجْهُولًا ، فرَدُّوه[13] معا ، فلِصَاحِبِ الدِّينارِ ثَلاثَةٌ ، وللآخَرَيْنِ أجْرُ عَمَلِهِما . وإن جَعَلَ لواحدٍ شيئا فى رَدِّها ، فرَدَّها هو وآخَرانِ معه ، وقالا : رَدَدْنا مُعَاوَنةً له . استَحَقَّ جَمِيعَ الجُعْلِ ، ولا شىءَ لهما ، وإن قالا : رَدَدْناه لنَأْخُذَ العِوَضَ لأنْفُسِنَا . فلا شىءَ لهما ، وله ثُلُثُ الجُعْلِ ؛ لأنَّه عَمِلَ ثُلُثَ العَمَلِ ، فاسْتَحَقَّ ثُلُثَ الجُعْلِ ، ولم يَسْتَحِقَّ الآخَرانِ شيئا ؛ لأنَّهما عَمِلَا من غيرِ جُعْلٍ . وهذا كلُّه مذهبُ الشافِعِىِّ . ولا أعْلَمُ فيه خِلَافًا[14] .

فصل : وإن قال : مَنْ رَدَّ عَبْدِى من بَلَدِ كذا فله دِينارٌ . فرَدَّه إنْسانٌ من نِصْفِ طَرِيقِ ذلك البَلَدِ ، اسْتَحَقَّ نِصْفَ الجُعْلِ ؛ لأنَّه عَمِلَ نِصْفَ العَمَلِ . وكذلك لو قال :

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى م : « ولآخرين » .

(١٣) فى م : « فرده » .

(١٤) فى الأصل : « مخالفا » .

مَنْ رَدَّ عَبْدَىَّ فله دِينارٌ . فَرَدَّ أحَدَهُما ، فله نِصْفُ الدِّينارِ ؛ لأنَّه رَدَّ نِصْفَ العَبْدَيْنِ . وإن رَدَّ العَبْدَ من غير البَلَدِ المُسَمَّى ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّه لم يَجْعَلْ فى رَدِّه منه شيئا ، فأشْبَهَ ما لو جَعَلَ فى رَدِّ أحَدِ عَبْدَيْهِ شيئا فرَدَّ الآخَرَ . ولو قال : من رَدَّ عَبْدِى فله دِينارٌ . فرَدَّه إنْسانٌ إلى نِصْفِ الطَّرِيقِ ، فهَرَبَ منه ، لم يَسْتَحِقَّ شيئا ؛ لأنَّه شَرَطَ الجُعْلَ بِرَدِّه ، ولم يَرُدَّه . وكذلك لو ماتَ . كما لو اسْتَأْجَرَهُ[15] لخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، فخَاطَه ، ولم يُسَلِّمْه حتى تَلِفَ ، لم يَسْتَحِقَّ أُجْرَةً . فإن قيل : فإن كان الجاعِلُ قال : من وَجَدَ لُقَطَتِى فله دِينارٌ . فقد وُجِدَ الوِجْدَانُ ؟ قُلْنا : قَرِينَةُ الحالِ تَدُلُّ على اشْتِراطِ الرَّدِّ ، [16]إذ المَقْصُودُ الرَّدُّ لا[16] الوِجْدَانُ المُجَرَّدُ ، وإنَّما اكْتُفِىَ بِذِكْرِ الوِجْدانِ لأنَّه سَبَبُ الرَّدِّ ، فصارَ كأنَّه قال : من وَجَدَ لُقَطَتِى فرَدَّها عَلَىَّ .

فصل : والجُعَالَةُ تُسَاوِى الإجَارَةَ فى اعْتِبارِ العِلْمِ بالعِوَضِ ، وما كان عِوَضًا فى الإجَارةِ / جازَ أن يكونَ عِوَضًا فى الجُعالَةِ ، وما لا فلا ، وفى أن ما جازَ أَخْذُ العِوَضِ عليه فى الإجَارةِ من الأعْمالِ ، جازَ أخْذُه عليه فى الجَعَالَةِ ، وما لا يجوزُ أخْذُ الأُجْرَةِ عليه فى الإجَارةِ ، مثل الغِنَاءِ والزَّمْرِ وسائِرِ المُحَرَّماتِ ، لا يجوزُ أخْذُ الجُعْلِ عليه ، وما يَخْتَصُّ فاعِلُه أن يكونَ من أَهْلِ القُرْبةِ ، ممَّا لا يَتَعَدَّى نَفعُه[17] فاعِلَه ، كالصَّلَاةِ والصِّيامِ ، لا يجوزُ أخْذُ الجُعْلِ عليه ، فإن كان ممَّا يَتَعَدَّى نَفْعُه ، كالأذَانِ والإقامةِ والحَجِّ ، ففيه وَجْهانِ ، كالرِّوَايَتَيْنِ فى الإجَارَةِ . ويُفارِقُ الإجَارَةَ فى أنَّه عَقْدٌ جائِزٌ ، وهى لازِمَةٌ ، وأنَّه لا يُعْتَبَرُ العِلْمُ بالمُدَّةِ ، ولا بمِقْدارِ العَمَلِ ، ولا يُعْتَبَرُ وُقُوعُ العَقْدِ مع واحِدٍ مُعَيَّنٍ . فعلى هذا متى شَرَطَ عِوَضًا مَجْهُولًا ، كقولِه : إن رَدَدْتَ عَبْدِى فلَكَ ثَوْبٌ ، أو فلَكَ سَلَبُه . أو شَرَطَ عِوَضًا مُحَرَّمًا ، كالخَمْرِ والحُرِّ ، أو غير مَقْدُورٍ عليه ،

١٩٥/٥ ظ

---

(١٥) فى م : « استأجر » .

(١٦ – ١٦) فى م : « والمقصود هو الرد » .

(١٧) فى الأصل : « نفع » .

كقوله : من رَدَّ عَبْدِى فله ثُلُثُه ، أو مَن رَدَّ عَبْدَىَّ فله أحَدُهُما . فرَدَّه إنْسانٌ استَحَقَّ أجْرَ المِثْلِ ؛ لأنَّه عَمِلَ عَمَلًا بِعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فاستَحَقَّ (18)أجْرَ المِثْلِ(18) ، كما فى الإجارَةِ .

فصل : ومَنْ رَدَّ لُقَطَةً أو ضالَّةً ، أو عَمِلَ لغيرِه عَمَلًا غيرَ رَدِّ الآبِقِ ، (19)بغيرِ جُعْلٍ(19) ، لم يَسْتَحِقَّ عِوَضًا . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا ؛ لأنَّه عَمَلٌ يَسْتَحِقُّ به العِوَضَ مع المُعاوَضةِ ، فلا يَسْتَحِقُّ مع عَدَمِها ، كالعَمَلِ فى الإجارَةِ . فإن اخْتلَفَا فى الجُعْلِ ، فقال : جَعَلْتَ لى فى رَدِّ لُقَطَتِى كذا . فأنْكَرَ المالِكُ ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأصْلَ معه . وإن اتَّفَقَا على العِوَضِ ، واخْتَلَفَا فى قَدْرِه ، فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الزَّائِدِ المُخْتَلَفِ فيه ، ولأنَّ القولَ قولُه فى أصْلِ العِوَضِ ، فكذلك فى قَدْرِه ، كرَبِّ المالِ فى المُضارَبةِ . ويَحْتَمِلُ أن يَتَحالَفَا ، كالمُتَبايِعَيْنِ إذا اخْتلَفَا فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، والأجِيرِ والمُسْتَأْجِرِ إذا اخْتلَفَا فى قَدْرِ(20) الأجْرِ . فعلى هذا إن تَحالَفَا فُسِخَ العَقْدُ ، ووَجَبَ أجْرُ المِثْلِ . وكذلك الحُكْمُ إن اخْتلَفَا فى المَسافَةِ ، فقال : جَعَلْتُ لك الجُعْلَ على رَدِّهَا من حَلَبَ . فقال : بل على (21)رَدِّها من(21) حِمْصَ . وإن اخْتلَفَا فى عَيْنِ العَبْدِ الذى جُعِلَ الجُعْلُ فى رَدِّه ، فقال : رَدَدْتُ العَبْدَ الذى شَرَطْتَ لى الجُعْلَ فيه . قال : بل شَرَطْتُ لك الجُعْلَ فى العَبْدِ الذى لم تَرُدَّه . فالقولُ قولُ المالِكِ ؛ لأنَّه أعْلَمُ بِشَرْطِه ، ولأنَّه ادَّعَى عليه شَرْطًا فى هذا العَقْدِ فأنْكَرَه ، والأصْلُ عَدَمُ الشَّرْطِ .

فصل : (22)فأمَّا رَدُّ(22) العَبْدِ الآبِقِ ، فإنَّه يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ بِرَدِّه وإن لم يَشْرُطْ له . رُوِىَ هذا عن عمرَ / ، وعلىٍّ ، وابنِ مسعودٍ . وبه قال شُرَيْحٌ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، ومالِكٌ ، وأصْحابُ الرأى . وقد رُوِىَ عن أحمدَ أنَّه لم يكُنْ يُوجِبُ ذلك . قال ابنُ

196/5 و

(18 – 18) فى م : « أجره » .
(19 – 19) فى الأصل : « بجعل » .
(20) سقط من : الأصل .
(21 – 21) فى م : « رده » .
(22 – 22) فى م : « أما » .

منصور : سُئِلَ أحمدُ عن جُعْلِ الآبِقِ؟ فقال : لا أدرِى ، قد تَكَلَّمَ الناسُ فيه . لم يكُنْ عندَه فيه حَدِيثٌ صَحِيحٌ . فظاهِرُ هذا أنَّه لا جُعْلَ له فيه ، وهو ظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ، فإنَّه قال : « وإذا أَبَقَ العَبْدُ فلمَن جاءَ به إلى سَيِّدِه ما أَنْفَقَ عليه » . و لم يَذْكُرْ جُعْلًا . وهذا قولُ النَّخَعِىِّ ، والشافِعِىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لأنَّه عَمِلَ لغيرِه عَمَلًا من غيرِ أن يَشْرُطَ له عِوَضًا ، فلم يَستَحِقَّ شيئا ، كما لو رَدَّ جَمَلَه الشَّارِدَ . وَوَجْهُ الرِّوايةِ الأُولَى ، ما رَوَى عَمْرُو بن دِينارٍ ، وابنُ أبى مُلَيْكَةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ جَعَلَ فى جُعْلِ الآبِقِ ، إذا جاءَ به خارِجًا من الحَرَمِ ، دِينارًا[٢٣] . وأيضا فإنه قولُ من سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، و لم نَعْرِفْ لهم فى زَمَنِهِم مُخالِفًا ، فكان إجْماعًا . ولأنَّ فى شَرْطِ الجُعْلِ فى رَدِّهِم حَثًّا على رَدِّ الأُبَّاقِ ، وصِيَانةً لهم عن الرُّجُوعِ إلى دارِ الحَرْبِ ، ورِدَّتِهِم عن دِينِهم ، وتَقْوِيَةِ أهْلِ الحَرْبِ بهم ، فيَنْبَغِى أن يكونَ مَشْرُوعًا لهذه المَصْلَحةِ . وبهذا فارَقَ رَدَّ الشَّارِدِ ، فإنَّه لا يُفْضِى إلى ذلك . والرِّوايةُ الأخرى أقْرَبُ إلى الصِّحَّةِ[٢٤] ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الوُجُوبِ ، والخَبَرُ المَرْوِىُّ فى هذا مُرْسَلٌ ، وفيه مَقَالٌ ، و لم يَثْبُتِ الإجْماعُ فيه ولا القِيَاسُ ، فإنَّه لم يَثْبُتِ اعْتِبارُ الشَّرْعِ لهذه المَصْلَحةِ المَذْكُورَةِ فيه ، ولا تَحَقَّقَتْ أيضا ، فإنَّه ليس الظاهِرُ هَرَبَهُم إلى دارِ الحَرْبِ إلَّا فى المَجْلُوبِ منها ، إذا كانت قَرِيبَةً ، وهذا بَعِيدٌ فيهم . فأمَّا على الرِّوايةِ الأُولَى ، فقد اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى قَدْرِ الجُعْلِ ، فرُوِىَ عن أحمدَ أنَّه عَشَرَةُ دَرَاهِمَ ، أو دِينَارٌ ، إن رَدَّه من المِصْرِ ، وإن رَدَّه من خارِجِه ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، يَلْزَمُه دِينارٌ ، أو اثْنَى عَشَرَ دِرْهَمًا ، لِلخَبَرِ المَرْوِىِّ فيه ، ولأنَّ ذلك يُرْوَى عن عمرَ وعلىٍّ[٢٥] ، رَضِىَ اللهُ عنهما . والثانية ، له أرْبَعُونَ دِرْهَمًا إن رَدَّه من خارِجِ المِصْرِ . اخْتارَها الخَلَّالُ ، وهو قولُ ابنِ مسعودٍ ، وشُرَيْحٍ ، فرَوَى أبو عمرو[٢٦]

---

(٢٣) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٦/ ٥٤٠ ، ٥٤٢ ، ٥٤٣ .

(٢٤) فى م : « المصلحة » .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) فى النسخ : « أبو عمر » . وهو إسحاق بن مرار اللغوى الكوفى المتوفى سنة عشر ومائتين . العبر ١/ ٣٥٨ .

الشَّيْبانِى قال : قلتُ لعبدِ الله بن مَسْعُودٍ : إنِّى أصَبْتُ عَبِيدًا أُبَّاقًا[27] . فقال : لك أجْرٌ وغَنِيمَةٌ . فقلت : هذا الأجْرُ ، فما الغَنِيمَةُ ؟ قال : من كلِّ رَأْسٍ أرْبَعِين دِرْهَمًا[28] . وقال أبو إسحاق[29] : أعْطَيْتُ الجُعْلَ فى زَمَنِ مُعَاوِيَةَ أرْبَعِينَ دِرْهَمًا . وهذا يَدُلُّ على أنَّه مُسْتَفِيضٌ فى العَصْرِ الأوَّلِ . قال الخَلَّالُ : /حَدِيثُ ابن مَسْعُودٍ أصَحُّ إسْنادًا . ورُوِى عن عمرَ بن عبد العزيزِ ، أنَّه قال : إذا وَجَدَه على مَسِيرَةِ ثَلاثٍ ، فله ثلاثةُ دَنَانِيرَ . وقال أبو حنيفةَ : إن رَدَّه من مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أيامٍ ، فله أرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، وإن كان من دون ذلك ، يُرْضَخُ له على قَدْرِ المكان الذى تَعَنَّى[30] إليه . ولا فَرْقَ عند إمَامِنا بين أن يَزِيدَ الجُعْلُ على قِيمَةِ العَبْدِ أو لا يَزِيدَ . وبهذا قال أبو يوسفَ ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان قَلِيلَ القِيمَةِ نَقَصَ الجُعْلَ عن[31] قِيمَتِه دِرْهَمًا ، لئَلَّا يَفُوتَ عليه العَبْدُ جَمِيعُه . ولَنا ، عُمُومُ الدَّلِيلِ ، ولأنَّه جُعْلٌ يُسْتَحَقُّ فى رَدِّ الآبِقِ ، فاسْتَحَقَّه وإن زَادَ على قِيمَتِه ، كما لو جَعَلَه له صاحِبُه ، ويَسْتَحِقُّه إن ماتَ سَيِّدُه[32] فى تَرِكَتِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال أبو يوسفَ : إن كان الذى رَدَّه من وَرَثَةِ المولى ، سَقَطَ الجُعْلُ . ولَنا ، أنَّ هذا عِوَضٌ عن عَمَلِه ، فلا يَسْقُطُ بالمَوْتِ ، كالأجْرِ فى الإجَارَةِ ، وكما لو كان من غيرِ وَرَثَةِ المَوْلَى . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين كَوْنِ مَنْ رَدَّه مَعْرُوفًا بِرَدِّ الأُبَّاقِ أو لم يكُنْ . وبهذا قال أصْحابُ الرَّأْىِ . وقال مالِكٌ : إن كان مَعْرُوفًا بذلك ، اسْتَحَقَّ الجُعْلَ ، وإلَّا فلا . ولنا الخَبَرُ ، والأثَرُ المَذْكُورُ من غيرِ تَفْرِيقٍ ، ولأنَّه رَدَّ آبِقًا ، فاسْتَحَقَّ الجُعْلَ ، كالمَعْرُوفِ بِرَدِّهِم .

١٩٦/٥ ظ

---

(٢٧) فى م : « أبق » .

(٢٨) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى كتاب البيوع والأقضية . المصنف ٥٤١/٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب الجعل فى الآبق ، من كتاب البيوع . المصنف ٢٠٨/٨ .

(٢٩) لعله يعنى السبيعى عمرو بن عبد الله . انظر ترجمته فى التهذيب ٦٣/٨ .

(٣٠) فى الأصل : « يعنى » ، وفى م : « لمعنى » .

(٣١) فى م : « من » .

(٣٢) سقط من : م .

فصل : ويجوزُ أخذُ الآبِقِ لمن وَجَدَه . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرأى . ولا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ؛ وذلك لأنَّ العَبْدَ لا يُؤْمَنُ لَحاقُه بدارِ الحَرْبِ ، وارْتِدادُه ، واشْتِغَالُه بالفَسَادِ فى سائِرِ البِلَادِ ، بخِلَافِ الضَّوَالِّ التى تَحْفَظُ نَفْسَها . فإذا أخَذَه فهو أمانةٌ فى يَدِه ، إن تَلِفَ بغيرِ تَفْرِيطِه ، فلا ضَمَانَ عليه ، وإن وَجَدَ صاحِبَه ، دَفَعَه[33] إليه إذا أقامَ به البَيِّنَةَ ، أو اعْتَرَفَ العَبْدُ أنَّه سَيِّدُه . وإن لم يَجِدْ سَيِّدَه ، دَفَعَه إلى الإمَامِ أو نائِبِه ، فيَحْفَظُه لِصَاحِبِه ، أو يَبِيعُه إن رَأى المَصْلَحةَ فى بَيْعِه ، ونحوَ ذلك قال مالِكٌ ، وأصْحابُ الرأى ، ولا نَعْلَمُ لهم[34] مُخالِفًا . وليس لِمُلْتَقِطِه بَيْعُه ولا تَمَلُّكُه بعد تَعْرِيفِه ؛ لأنَّ العَبْدَ يَتَحفِظُ بِنَفْسِه ، فهو كَضَوَالِّ الإبِلِ . فإن باعَه ، فالبَيْعُ فاسِدٌ ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم ؛ أبو حنيفةَ ، والشّافِعِىُّ . وإن باعَه الإمَامُ لِمَصْلَحةٍ رَآها فى بَيْعِه ، فجاءَ سَيِّدُه فاعترَفَ أنَّه كان أعْتَقَه ، قُبِلَ منه ؛ لأنَّه لا يَجُرُّ إلى نَفْسِه بهذا نَفْعًا ، ولا يَدْفَعُ عنها ضَرَرًا . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ ؛ لأنَّه مِلْكٌ لغيرِه ، فلا يُقْبَلُ إقْرارُه فى مِلْكِ غيرِه ، كما لو باعَه السَّيِّدُ ثم أقَرَّ / بعِتقِه . فعلى هذا ليس لِسَيِّدِه أخْذُ ثَمَنِه ؛ لأنه يُقِرُّ أنَّه حُرٌّ . ولا يَستَحِقُّ ثَمَنَه ، ولكن يُؤْخَذُ إلى بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه مُستَحِقٌّ[35] له ، فهو كَتَرِكَةِ من ماتَ ولا وارِثَ له . فإن عادَ السَّيِّدُ فأنْكَرَ العِتقَ ، وطَلَبَ المالَ ، دُفِعَ إليه ؛ لأنَّه لا مُنَازِعَ له فيه .

١٩٧/٥ و

فصل : وإذا أبَقَ العَبْدُ ، فحَصَلَ فى يَدِ حاكِمٍ ، فأقامَ سَيِّدُه بَيِّنةً عند حاكِمِ بَلَدٍ آخَرَ أنَّ فُلَانًا الذى صِفَتُه كذا وكذا ، واستَقْصَى صِفَاتِه ، عَبْدَ فُلَانِ بن فُلَانٍ[36] أبَقَ منه ، فقَبِلَ الحاكِمُ بَيِّنَتَه ، وكَتَبَ الحاكِمُ[37] إلى الحاكِمِ الذى عنده العَبْدُ : ثَبَتَ عِنْدِى إبَاقُ فُلَانٍ الذى صِفَتُه كذا وكذا . قَبِلَ كِتَابَه ، وسَلَّمَ إليه العَبْدَ . وهذا قولُ

---

(٣٣) فى م : « دفع » .

(٣٤) فى م : « فيه » .

(٣٥) فى الأصل : « لا يستحق » .

(٣٦) فى م زيادة : « فلا » .

(٣٧) سقط من : الأصل .

أبى يوسفَ ، وأحدُ قوْلَي الشافِعِيِّ ، إلَّا أنَّ أبا يوسفَ قال : يأْخُذُ به كَفِيلًا ؛ لأنَّ البيِّنةَ أثبتَتْه بصِفَاتِه ، كما ثَبَتَ فى الذِّمّةِ بِوَصْفِه فى السَّلَمِ . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : لا يَجِبُ تَسْلِيمُه ؛ لأنَّهم لا يَشْهَدُونَ على عَيْنِه ، وإنما يَشْهَدُونَ بالصِّفاتِ ، وقد تَتَّفِقُ الصِّفاتُ مع اخْتِلَافِ الأعْيانِ ، ويُفارِقُ المُسْلَمَ فيه ، فإنَّ الواجِبَ أقَلُّ ما يُوجَدُ منه[38] الصِّفَةُ ، وهو غير مُعَيَّنٍ . ولَنا ، أنَّه يُقْبَلُ كِتَابُ الحاكِمِ إلى الحاكِمِ على شَخْصٍ غائِبٍ ، ويُؤْخَذُ المَحْكُومُ عليه بالحَقِّ ، وليس ثَمَّ شَهَادَةٌ على عَيْنٍ ، وإنَّما يُؤْخَذُ المَحْكُومُ عليه باسْمِه ونَسَبِه وصِفَتِه ، فكذا هٰهُنا ، إذا ثَبَتَ وُجُوبُ تَسْلِيمِه ، فإنَّ الحاكِمَ الذى يُسَلِّمُه يَخْتِمُ فى عُنُقِه خَيْطًا ضَيِّقًا لا يَخْرُجُ من رَأْسِه ، ويَدْفَعُه إلى المُدَّعِى أو وَكِيلِه ، لِيَحْمِلَه إلى الحاكِمِ الكاتِبِ ، لِيُشْهِدَ الشُّهُودَ على عَيْنِه ، فإن شَهِدُوا بِعَيْنِه ، سُلِّمَ إلى مُدَّعِيه ، وإن لم يَشْهَدُوا وَجَبَ[39] رَدُّه إلى الحاكِمِ الأوَّلِ ، ويكونُ فى ضَمَانِ الذى أخَذَه ؛ لأنَّه أخَذَه بغيرِ اسْتِحْقاقٍ .

٩٤٦ – مسألة ؛ قال : (**وَإنْ كَانَ الْتَقَطَها قَبْلَ ذٰلِكَ ، فَرَدَّهَا لِعِلَّةِ الجُعْلِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أخْذُهُ**)

إنَّما كان كذلك ؛ لأنَّه إذا الْتَقَطَها قبلَ أن يَبْلُغَه الجُعْلُ ، فقد الْتَقَطَها بغيرِ عِوَضٍ ، وعَمِلَ فى مالِ غيرِه بغيرِ جُعْلٍ جُعِلَ ، فلا يَسْتَحِقُّ شيئا ، كما لو الْتَقَطَها و لم يَجْعَلْ رَبُّها فيها شيئا . وفارَقَ المُلْتَقِطَ بعدَ بُلُوغِه الجُعْلَ ؛ فإنَّه إنَّما بَذَلَ مَنَافِعَه بِعِوَضٍ جُعِلَ له ، فاسْتَحَقَّه ، كالأجِيرِ إذا عَمِلَ بعدَ العَقْدِ . وسواءٌ كان الْتِقَاطُه لها بعد الجُعْلِ أو قبلَه ؛ لما ذَكَرْنَا . ولا يَسْتَحِقُّ أخْذَ الجُعْلِ بِرَدِّها ؛ / لأنَّ الرَّدَّ واجِبٌ عليه من غيرِ عِوَضٍ ، فلم يَجُزْ أخْذُ العِوَضِ عن الواجِبِ ، كسائِرِ الواجِباتِ . وإنَّما يأْخُذُه المُلْتَقِطُ ، فى مَوْضِعٍ يجوزُ له أخْذُه عِوَضًا عن الالْتِقاطِ المُبَاحِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ مُلْتَقِطَها قبلَ

١٩٧/٥ ظ

---

(٣٨) فى الأصل : « فيه » .

(٣٩) فى م : « أوجب » .

أن يَبْلُغَه الجُعْلُ لا يَسْتَحِقُّ شيئا ، سواءٌ رَدَّها لِعِلَّةِ الجُعْلِ أو لغيرِه ؛ لأنَّه إذا لم يَسْتَحِقَّه مع قَصْدِهِ إيَّاه ، وعَمَلِه من أجْلِه ، فَلأَنْ لا يَسْتَحِقَّه مع عَدَمِ ذلك أَوْلَى . وإنَّما ذَكَرَ الخِرَقِيُّ رَدَّها لِعِلَّةِ الجُعْلِ ، إن شاء الله ، لِيُنَبِّهَ به على عَدَمِ اسْتِحْقاقِه فيما إذا رَدَّها لغير عِلَّتِه ، ولأن الحاجةَ إنَّما تَدْعُو إلى مَعرفةِ الحُكْمِ فى من يُرِيدُ الجُعْلَ ، أمَّا من تَرَكَه ولا يُرِيدُه ، فلا يَقَعُ التَّنازُعُ فيه غالِبًا . والله أعلمُ .

٩٤٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الَّذِى وَجَدَ اللُّقَطَةَ سَفِيهًا أَوْ طِفْلًا ، قَامَ وَلِيُّهُ بِتَعْرِيفِهَا ، فَإِنْ تَمَّتِ السَّنَةُ ، ضَمَّهَا إِلَى مَالِ وَاجِدِهَا)

وجملةُ ذلك أنَّ الصَّبِىَّ والمَجْنُونَ والسَّفِيهَ ، إذا الْتَقَطَ أحَدُهُم لُقَطَةً ، ثَبَتَتْ يَدُه عليها ؛ لِعُمُومِ الأخْبارِ ، ولأنَّ هذا تَكَسُّبٌ ، فصَحَّ منه ، كالاصْطِيادِ والاحْتِطابِ . وإن تَلِفَتْ فى يَدِه بغيرِ تَفْرِيطٍ ، فلا ضَمَانَ عليه ؛ لأنَّه أخَذَ مالَهُ أخْذُه . و إن تَلِفَتْ بتَفْرِيطِه ، ضَمِنَها فى مالِه . وإذا عَلِمَ بها وَلِيُّه ، لَزِمَهُ أخْذُها ؛ لأنَّه ليس من أهْلِ الحِفْظِ والأمانةِ ، فإن تَرَكَها فى يَدِه ضَمِنَها ؛ لأنَّه يَلْزَمُه حِفْظُ ما يَتَعَلَّقُ به حَقُّ الصَّبِىِّ ، وهذا يَتَعَلَّقُ به حَقُّه ، فإذا تَرَكَها فى يَدِه كان مُضَيِّعًا لها ، وإذا أخَذَها الوَلِىُّ ، عَرَّفَها ؛ لأنَّ واجِدَها ليس من أهْلِ التَّعْرِيفِ ، فإذا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، دَخَلَتْ فى مِلْكِ واجِدِها ؛ لأنَّ سَبَبَ المِلْكِ تَمَّ شَرْطُه ، فَيَثْبُتُ المِلْكُ له ، كما لو اصْطادَ صَيْدًا . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ، إلَّا أنَّ أصْحابَه قالوا : إذا انْقَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ ، فكان الصَّبِىُّ والمَجْنُونُ بحيث يُسْتَقْرَضُ لهما ، يَتَمَلَّكُه لهما ، وإلَّا فلا . وقال بعضُهم : يَتَمَلَّكه لهما بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّ الظاهِرَ عَدَمُ ظُهُورِ[1] صاحِبه ، فيكونُ تَمَلُّكُه مَصْلَحةً[2] له . ولَنا ، عُمُومُ الأخْبارِ ، ولو جَرَى هذا مَجْرَى الاقْتِراضِ[3] لَمَا صَحَّ الْتِقاطُ صَبِىٍّ لا يجوزُ الاقْتِراضُ له ؛ لأنَّه يكونُ تَبَرُّعًا بِحِفْظِ مالِ غيرِه من غيرِ فائِدَةٍ .

---

(١) فى الأصل : « رجوع » .
(٢) فى الأصل : « لمصلحة » .
(٣) فى الأصل : « الإقراض » .

فصل : قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ العَبَّاسِ ابن موسى[٤] ، فى غُلَامٍ له عَشْرُ سِنِينَ ، الْتَقطَ لُقَطةً ، ثم كَبِرَ : فإن وَجدَ صاحِبَها دَفعَها إليه ، وإلَّا تَصدَّقَ بها . قد مَضَى[٥] أجَلُ التَّعْرِيفِ فيما تَقدَّمَ من السِّنِين ، و لم يَرُدَّ عليه اسْتِقْبالَ أجَلِ التَّعْرِيفِ . قال : وقد كنتُ سَمِعْتُه قبلَ هذا أو بعدَه / يقول فى انْقِضاءِ أجَلِ التَّعْرِيفِ إذا لم يَجِدْ صاحِبَها[٦] : أيَتصَدَّقُ بمالِ الغيرِ ! وهذه المَسْألةُ قد مَضَى نحوُها فيما إذا لم يُعَرِّفِ المُلْتَقِطُ اللُّقَطَةَ فى حَوْلِها ، فإنَّه لا يَمْلِكُها وإن عَرَّفَها فيما بعدَ ذلك ؛ لأنَّ التَّعْرِيفَ بعدَه لا يُفِيدُ ظاهِرًا ، لِكَوْنِ صاحِبِها يَئِسَ منها ، وتَرَكَ طَلَبَها . وهذه المسألةُ تَدُلُّ على أنَّه إذا تَرَكَ التَّعْرِيفَ لِعُذْرٍ ، كان كتَرْكِه لغيرِ عُذْرٍ ؛ لكَوْنِ الصَّبِىِّ من أهْلِ العُذْرِ ، وقد ذَكَرْنا فى هذا وَجْهَينِ فيما تَقَدَّمَ . وقال أحمدُ ، فى غُلَامٍ لم يَبْلُغْ ، أصَابَ عَشْرَةَ دَنانِيرَ ، فذَهَبَ بها إلى مَنْزِله ، فضَاعَتْ ، فلما بَلَغَ أرادَ رَدَّها ، فلم يَعْرِفْ صاحِبَها : تَصدَّقَ بها ، وإن لم يَجِدْ عَشَرَةً ، وكان يُجْحِفُ به ، تَصَدَّقَ قَلِيلًا قَلِيلًا . قال القاضى : معنى هذا أنَّها تَلِفَتْ بِتَفْرِيطِ الصَّبِىِّ ، وهو أنَّه لم يُعْلِمْ وَلِيَّهُ حتى يَقُومَ بِتَعْرِيفِها .

٥/١٩٨ و

فصل : وإذا وَجدَ العَبْدُ لُقَطةً ، فله أخْذُها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، ويَصِحُّ الْتِقاطُه . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشافِعِىِّ . وقال فى الآخَرِ[٧] : لا يَصِحُّ الْتِقاطُه ؛ لأنَّ اللُّقَطةَ فى الحَوْلِ الأوَّلِ [٨]أمانَةٌ ووِلَايَةٌ ، وفى[٨] الثانى تَمَلُّكٌ ، والعَبْدُ ليس من أهْلِ الوِلَاياتِ ولا المِلْكِ . ولَنا ، عُمُومُ الخَبَرِ ، ولأنَّ الالْتِقاطَ سَبَبٌ يَمْلِكُ به الصَّبِىُّ ويَصِحُّ منه ، فصَحَّ من العَبْدِ ، كالاحْتِطابِ والاصْطِيادِ ، ولأنَّ مَنْ جازَ له قبولُ

---

(٤) أى العباس بن محمد بن موسى . وتقدمت ترجمته .

(٥) فى م : « أمضى » .

(٦) فى الأصل : « صاحبه » .

(٧) فى م : « الآخذ » تحريف .

(٨ - ٨) فى م : « أمانة ولاية فى » .

الوَدِيعَةِ ، صَحَّ منه الالْتِقاطُ ، كالحُرِّ . وقولُهم : إن العَبْدَ ليس من أهْلِ الوِلَايَاتِ والأَمَانَاتِ . يَبطُلُ بالصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، فإنَّهما أدْنَى حالًا منه فى هذا . وقولُهم : إنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ . مَمْنُوعٌ ، وإن سَلَّمْنا ، فإنَّه يَتَمَلَّكُ لِسَيِّدِه ، كما يَحْصُلُ [9] بسائِرِ الاكتِسابِ [9] ، ولأنَّ الالْتِقاطَ تَخليصُ مالٍ من الهَلَاكِ ، فجازَ من العَبْدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، كإنْقاذِ المالِ الغَرِيقِ والمَغْصُوبِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنِ الْتَقَطَ العَبْدُ لُقَطةً كانت أمَانةً فى يَدِه ، إن تَلِفَتْ بغيرِ تَفرِيطٍ فى حَوْلِ التَّعْرِيفِ ، لم يَضْمَنْ ، وإن تَلِفَتْ بتَفْرِيطٍ [10] أو إتْلَافٍ ، وَجَبَ ضَمانُها فى رَقَبَتِه ، كسائِرِ جِنَاياتِه . وإن عَرَّفَها ، صَحَّ تَعْرِيفُه ؛ لأنَّ له قَوْلًا صَحِيحًا ، فصَحَّ تَعْرِيفُه ، كالحُرِّ ، فإذا تَمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ ، مَلَكَها سَيِّدُه ؛ لأنَّ الالْتِقاطَ كَسْبُ العَبْدِ ، وكَسْبُه لِسَيِّدِه . وإن عَلِمَ السَّيِّدُ بلُقَطَةِ عَبْدِه ، كان له انْتِزَاعُها منه ؛ لأنَّها من كَسْبِ العَبْدِ ، ولِلسَّيِّدِ انْتِزاعُ كَسْبِه من يَدِه ، فإذا انْتَزَعَها بعدَ أن عَرَّفَها العَبْدُ مَلَكَها ، وإن كان لم يُعَرِّفْها ، عَرَّفَها سَيِّدُه حَوْلًا كامِلًا ، وإن كان العَبْدُ قد عَرَّفَها بعضَ الحَوْلِ / ، عَرَّفَها السَّيِّدُ تَمَامَه . فإن اختارَ السَّيِّدُ إقْرارَها فى يَدِ عَبْدِه ، نَظَرْتَ ؛ فإن كان العَبْدُ أمِينًا جازَ ، وكان السَّيِّدُ مُسْتَعِينًا بعَبْدِه فى حِفْظِها ، كما يَسْتَعِينُ به فى حِفْظِ مالِه ، وإن كان العَبْدُ غيرَ أمِينٍ ، كان السَّيِّدُ مُفَرِّطًا بإقْرارِها فى يَدِه ، ولَزِمَه ضَمَانُها ، كما لو أخَذَها من يَدِه ثم رَدَّها إليه ؛ لأنَّ يَدَ العَبْدِ كيَدِه ، وما يَسْتَحِقُّ بها فهو لِسَيِّدِه . وإن أعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَه بعدَ الالْتِقاطِ ، فله انْتِزَاعُ اللُّقَطةِ من يَدِه ؛ لأنَّها من كَسْبِه ، وأكْسابُه لِسَيِّدِه . ومتى عَلِمَ العَبْدُ أن سَيِّدَه غيرُ مَأْمُونٍ عليها ، لَزِمَه سَتْرُها عنه ، وتَسليمُها إلى الحاكِمِ ، لِيُعَرِّفَها ، ثم يَدْفَعها إلى سَيِّدِه بشَرْطِ الضَّمانِ . فإن أعْلَمَ سَيِّدَه بها ، فلم يَأْخُذْها منه ، أو أخَذَها فعَرَّفَها وأدَّى الأمَانةَ فيها فتَلِفَتْ فى الحَوْلِ الأوَّلِ بغير تَفْرِيطٍ [11] ، فلا ضَمَانَ فيها ؛ لأنَّها لم تَتْلَفْ بتَفْرِيطٍ

١٩٨/٥ ظ

(٩ - ٩) فى الأصل : « سائر الاكتسابات » .

(١٠) فى م : « بتفريطه » .

(١١) فى م : « تفريطه » .

من أَحَدِهِما . وإن لم يُؤَدِّ الأَمَانَةَ فيها ، وَجَبَ ضَمَانُها ، ويَتَعَلَّقُ الضَّمانُ بِرَقَبةِ العَبْدِ وذِمَّةِ السَّيِّدِ جَمِيعًا ؛ لأَنَّ التَّفْرِيطَ حَصَلَ منهما جَمِيعًا .

فصل : والمُكَاتَبُ كالحُرِّ في اللُّقَطَةِ ؛ لأَنَّ المالَ له في الحالِ ، وأَكْسابُه له دون سَيِّدِه ، واللُّقَطَةُ من أَكْسابِه[12] ، فإن عَجَزَ عادَ عَبْدًا ، وصارَ حُكْمُه في اللُّقَطةِ حُكْمَ العَبْدِ ، على ما مَرَّ بَيانُه . وأُمُّ الوَلَدِ ، والمُعَلَّقُ عِتْقُه بِصِفَةٍ ، والمُدَبَّرُ ، كالقِنِّ . ومَنْ نِصْفُه حُرٌّ إذا الْتَقَطَ شيئًا ، ولم يكُنْ بينه وبين سَيِّدِه مُهَايَأَةٌ ، فهو بينهما بعدَ التَّعْرِيفِ نِصْفَيْنِ[13] ، كسائِرِ أَكْسابِه ، وهي بينهما في حَوْلِ التَّعْرِيفِ كالحُرَّيْنِ إذا[14] الْتَقَطَا لُقَطَةً ، وإن كان بينهما مُهَايَأَةٌ ، ففيها وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا تَدْخُلُ في المُهَايَأَةِ ؛ لأَنَّها كَسْبٌ نادِرٌ ، لا يُعْلَمُ وُجُودُه ولا يُظَنُّ ، فلم تَدْخُلْ في المُهَايأةِ ، وتكونُ بينهما . والثاني : تَدْخُلُ في المُهَايأةِ ؛ لأَنَّها من كَسْبِه ، فأَشْبَهَتْ سائِرَ أَكْسابِه ، فإن وَجَدَها في يَوْمِه فهي له ، وإن وَجَدَها في يوم سَيِّدِه فهي له ، وإن كان العَبْدُ مُشْتَرَكًا بين اثْنَيْنِ ، فلُقَطَتُه بينهما ، على ما ذَكَرْنا في من بعضُه حُرٌّ وبعضُه رَقِيقٌ .

فصل : والذِّمِّيُّ في الالْتِقاطِ كالمُسْلِمِ . ومن أصْحابِ الشافِعِيِّ مَن قال : ليس له الالْتِقاطُ في دارِ الإِسْلامِ ؛ لأَنَّه ليس من أَهْلِ الأَمَانةِ . ولَنا ، أَنَّها نَوْعُ اكْتِسابٍ ، فكان من أَهْلِهَا ، كالحَشِّ والاحْتِطابِ . وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بالصَّبِيِّ والمَجْنُونِ ، فإنَّه يَصِحُّ الْتِقَاطُهُما ، مع عَدَمِ الأمانةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه إن عَرَّفَ اللُّقَطَةَ حَوْلًا كامِلًا[14] ، مَلَكَها كالمُسلِمِ / ، وإن عَلِمَ بها الحاكِمُ أو السُّلْطانُ ، أَقَرَّها في يَدِه ، وضَمَّ إليه مُشْرِفًا عَدْلًا يُشْرِفُ عليه ، ويُعَرِّفُها ؛ لأَنَّنا لا نَأْمَنُ الكافِرَ على تَعْرِيفِها ، ولا نَأْمَنُه أن يُخِلَّ في التَّعْرِيفِ بشيءٍ من الواجِبِ عليه فيه ، وأَجْرُ المُشْرِفِ عليه ، فإذا

١٩٩/٥ و

---

(١٢) في م : « اكتسابه » .

(١٣) أي بقسم نصفين .

(١٤) سقط من : م .

ثمَّ حَوْلُ التَّعْرِيفِ مَلَكَها المُلْتَقِطُ . ويَحْتَمِلُ أن تُنْزَعَ من يَدِ الذِّمِّيِّ ، وتُوضَعَ على يَدِ عَدْلٍ ؛ لأنَّه غيرُ مَأْمُونٍ عليها .

فصل : ويُسْتَحَبُّ لمن ليس بأَمِينٍ أن لا يَأْخُذَ اللُّقَطَةَ ؛ لأنَّه يُعَرِّضُ نَفْسَه للأَمَانةِ ، وليس هو من أَهْلِها ، فإن الْتَقَطَ صَحَّ الْتِقاطُه ؛ لأنَّها جِهَةٌ من جِهَاتِ الكَسْبِ ، وهو من أَهْلِ الكَسْبِ ، ولأنَّه إذا صَحَّ الْتِقاطُ الكافِرِ ، فالمُسْلِمُ أَوْلَى ، فإذا الْتَقَطَها فعَرَّفَها حَوْلًا ، مَلَكَها كالعَدْلِ . وإن عَلِمَ الحاكِمُ أو السُّلْطانُ بها ، أَقَرَّها في يَدِه ، وضَمَّ إليه مُشْرِفًا يُشْرِفُ عليه ، ويَتَوَلَّى تَعْرِيفَها ، كما قلنا في الذِّمِّيِّ ؛ لأنَّه لا نَأْمَنُه عليها . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافِعِيُّ في أحَدِ قَوْلَيْه ، وقال في الآخر : يَنْزِعُها من يَدِه ، ويَضَعُها في يَدِ عَدْلٍ . ولَنا ، أنَّ مَنْ خُلِّىَ بينه وبين الوَدِيعَةِ ، لم تَزُلْ يَدُه عن اللُّقَطَةِ ، كالعَدْلِ ، والحِفْظُ يَحْصُلُ بِضَمِّ المُشْرِفِ[١٥] إليه ، وإن لم يُمْكِنِ المُشْرِفُ حِفْظَها منه ، انْتُزِعَتْ من يَدِه ، وتُرِكَتْ في يَدِ عَدْلٍ ، فإذا عَرَّفَها وتَمَّتِ السَّنَةُ ، مَلَكَها مُلْتَقِطُها ؛ لأنَّ سَبَبَ المِلْكِ وُجِدَ منه .

٩٤٨ ـ مسألة ؛ قال : (وإذا وَجَدَ الشَّاةَ بِمِصْرٍ ، أو بمَهْلَكَةٍ ، فَهِىَ لُقَطَةٌ)

يعنى أنَّه يُباحُ أَخْذُها والْتِقاطُها ، وحُكْمُها إذا أَخَذَها حُكْمُ الذَّهَبِ والفِضَّةِ ، في التَّعْرِيفِ والمِلْكِ بعدَه . هذا الصَّحِيحُ من مذهبِ أحمدَ ، وقولُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ عبد البَرِّ : أَجْمَعُوا[١] على أنَّ ضَالَّةَ الغَنَمِ في المَوْضِعِ المَخُوفِ عليها له أَكْلُها ، وكذلك الحُكْمُ في كل حَيَوانٍ لا يَمْتَنِعُ بِنَفْسِه من صِغَارِ السِّباعِ ، وهى الثَّعْلَبُ ، وابنُ آوَى ، والذِّئْبُ[٢] ، [٣]وَوَلَدُ الأَسَدِ[٣] ونحوها . فما لا يَمْتَنِعُ منها ، كفُصْلَانِ الإِبِلِ ، وعُجُولِ البَقَرِ ، وأَفْلاءِ[٤] الخَيْلِ ، والدَّجاجِ ، والإِوَزِّ ونحوها ،

---

(١٥) في الأصل زيادة : « عليه » .

(١) في م : « أجمع » .

(٢) في الأصل : « والدب » .

(٣ ـ ٣) في الأصل : « والأسد » .

(٤) الفلو : ولد الفرس .

يجوزُ الْتِقاطُه . ويُروَى عن أحمدَ رِوَايةٌ أخرى ، ليس لغيرِ الإمَامِ الْتِقَاطُها . وقال اللَّيْثُ ابن سَعْدٍ : لا أُحِبُّ أن يَقْرَبَها ، إلَّا أن يَحُوزَها[٥] لِصَاحِبِها ؛ لقولِ رسولِ الله ﷺ : « لَا يُؤْوِى الضَّالَّةَ إلَّا ضَالٌّ »[٦] . ولأنه حَيوانٌ أشْبَه الإبِلَ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ ، لمَّا سُئِلَ عن الشَّاةِ : « خُذْهَا ، فَإنَّمَا هِىَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أو لِلذِّئْبِ » . مُتَّفَقٌ عليه[٧] . ولأنَّه يُخْشَى عليه التَّلَفُ والضَّيَاعُ / ، فأشْبَهَ لُقَطَةَ غيرِ الحَيَوانِ ، وحَدِيثُنا أخصُّ من حَدِيثِهم ، فنَخُصُّه به ، والقِيَاسُ على الإبِلِ لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ عَلَّلَ مَنْعَ الْتِقَاطِها بأنَّ معها حِذَاءَها وسِقَاءَها ، وهذا مَعْدُومٌ فى الغَنَمِ ، ثم قد فَرَّقَ النبىُّ ﷺ بينهما فى خَبَرٍ واحِدٍ ، فلا يجوزُ الجَمْعُ بين ما فَرَّقَ الشارِعُ بينهما ، ولا قِيَاسُ ما أمَرَ بالْتِقاطِه على ما مَنَعَ ذلك فيه[٨] . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين أن يَجِدَها بمِصْرٍ أو بمَهْلَكَةٍ . وقال مالِكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، فى الشَّاةِ تُوجَدُ فى الصَّحْراءِ : اذْبَحْها ، وكُلْهَا . وفى المِصْرِ : ضُمَّها حتى يَجِدَها صاحِبُها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « هِىَ لكَ أوْ لِأَخِيكَ أو لِلذِّئْبِ » . والذِّئْبُ لا يكونُ فى المِصْرِ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « خُذْهَا » . ولم يُفَرِّقْ ، ولم يَسْتَفْصِلْ ، ولو افْتَرَقَ[٩] الحالُ لَسَأَلَ واسْتَفْصَلَ[١٠] ، ولأنَّها لُقَطَةٌ ، فَاسْتَوَى فيها المِصْرُ والصَّحْراءُ ، كسائِرِ اللُّقَطَاتِ . [١١]وقولُهم : إن الذِّئْبَ لا يكونُ إلَّا فى الصَّحْراءِ . قُلْنا : كونُها لِلذِّئْبِ فى الصَّحْراءِ لا يَمْنَعُ[١١] كَوْنَها لغيرِه فى المِصْرِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه متى عَرَّفَها حَوْلًا كامِلًا ،

١٩٩/٥ ظ

---

(٥) فى م : « يحرزها » .

(٦) أخرجه مسلم ، فى : باب فى لقطة الحاج ، من كتاب اللقطة . صحيح مسلم ١٣٥١/٣ . وأبو داود ، فى : كتاب اللقطة : سنن أبى داود ٣٩٩/١ . والإمام مالك ، فى : باب القضاء فى الضوال ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٥٩/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١١٧/٤ .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٠ .

(٨) فى م : « منه » .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى م : « أو استفصل » .

(١١ – ١١) سقط من : الأصل .

مَلَكَها . وذَكَرَ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، عن أحمدَ ، رِوَايةً أخرى ، أنَّه لا يَمْلِكُها . ولعلَّها الرِّوَايةُ التى مَنَعَ من الْتِقَاطِها فيها . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « هِىَ لَكَ أو لأَخِيكَ » . فأضَافَها إليه بلَامِ التَّملُّكِ[12] ، ولأنَّها يُبَاحُ[13] الْتِقَاطُها ، فمُلِكَتْ بالتَّعْرِيفِ ، كالأَثْمانِ ، ولأنَّ ذلك إجْمَاعٌ ، حكاه ابنُ عبد البَرِّ .

فصل : ويَتَخيَّرُ مُلْتَقِطُها بين ثَلاثةِ أشْياء ؛ أكْلُها فى الحالِ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِىُّ ، وغيرُهم . قال ابنُ عبد البَرِّ : أجْمَعُوا على أنَّ ضَالَّةَ الغَنَمِ ، فى المَوْضِعِ[14] المَخُوفِ عليها ، له أكْلُها . والأصلُ فى ذلك قولُ النبىِّ ﷺ : « هِىَ لك أو لأَخِيكَ أو للذِّئْبِ » . فجَعَلَها له فى الحالِ ، وسَوَّى بينه وبين الذِّئْبِ ، والذِّئْبُ لا يَسْتَأْنِى[15] بأكْلِها ، ولأنَّ فى أكْلِها فى الحالِ إغْنَاءً عن الإنْفاقِ عليها ، وحِرَاسَةً لِمَالِيَّتِها على صَاحِبِها إذا جاءَ ، فإنَّه يَأْخُذُ قِيمَتَها بِكَمَالِها من غيرِ نَقْصٍ ، وفى إبْقائِها تَضْيِيعٌ للمالِ بالإنْفاقِ عليها ، والغَرَامَةِ فى عَلَفِها ، فكان أكْلُها أوْلَى . ومتى أرادَ أكْلَها حَفِظَ صِفَتَها ، فمتى جاءَ صاحِبُها غَرِمَها له ، فى قولِ عامّةِ أهْلِ العِلْمِ ، إلَّا مالِكًا ، فإنَّه قال : كُلْها ، ولا غُرْمَ عليك لِصَاحِبِها ولا تَعْرِيفَ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « هِىَ لَكَ » . ولم يُوجِبْ فيها تَعْرِيفًا ولا غُرْمًا ، وسَوَّى بينه وبين الذِّئْبِ ، والذِّئْبُ لا يُعَرِّفُ ولا يَغْرَمُ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : لم يُوافِقْ مالِكًا أحدٌ من العُلَماءِ على قولِه . وقولُ النبىِّ ﷺ / فى حَدِيثِ عبدِ الله بن عَمْرٍو : « رُدَّ عَلَى أخِيكَ ضَالَّتَه »[16] . دَلِيلٌ على أن الشَّاةَ على مِلْكِ صَاحِبِها ، ولأنَّها لُقَطَةٌ لها قِيمَةٌ ، وتَتْبَعُها النَّفْسُ ، فتَجِبُ غَرَامَتُها لِصَاحِبِها إذا جاءَ كغيرِها ، ولأنَّها مِلْكٌ لِصَاحِبِها ، فلم يَجُزْ تَمَلُّكُها عليه بغيرِ عِوَضٍ من غيرِ رِضَاه ، كما لو كانت بين البُنْيانِ ، ولأنَّها عَيْنٌ يَجِبُ رَدُّها مع بَقائِها ، فوَجَبَ

٥/٢٠٠ و

---

(١٢) فى م : « التمليك » .

(١٣) فى الأصل : « مباح » .

(١٤) فى م : « المواضع » .

(١٥) فى الأصل : « يتأتى » . ولعلها : « يتأنى » .

(١٦) أخرجه الطحاوى . شرح معانى الآثار ١٣٥/٤ .

غُرْمُها إذا أتْلَفَها ، كلُقَطَةِ الذَّهَبِ . وقولُ النبيِّ ﷺ : « هِىَ لَكَ » . لا يَمْنَعُ وُجُوبَ غَرَامَتِها ، فإنَّه قد أَذِنَ فى لُقَطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ بعدَ تَعْرِيفِها ، فى أكْلِها وإنْفاقِها ، وقال : « هِىَ كسَائِرِ مالِكَ »[17] . ثم أجْمَعْنا على وُجُوبِ غَرَامَتِها ، كذلك الشَّاةُ ، ولا فَرْقَ فى إبَاحةِ أكْلِها بين وِجْدانِها فى الصَّحْرَاءِ أو فى المِصْرِ . وقال مالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصْحابُ الشافِعِىِّ ، وابنُ المُنْذِرِ : ليس له أكْلُها فى المِصْرِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ بَيْعُها ، بخِلَافِ الصَّحْراءِ . ولَنا ، أنَّ ما جازَ أكْلُه فى الصَّحْراءِ ، أُبيحَ فى المِصْرِ ، كسَائِرِ المَأْكُولاتِ ، ولأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « هِىَ لَكَ » . و لم يُفَرِّقْ ، ولأنَّ أكْلَها مُعَلَّلٌ بما ذَكَرْنا من الاسْتِغْناءِ عن الإنْفَاقِ عليها ، وهذا[18] فى المِصْرِ أشَدُّ منه فى الصَّحْراءِ . الثانى ، أن يُمْسِكَها على صَاحِبِها ، ويُنْفِقَ عليها من مالِه ، ولا يتملَّكها . وإن أحَبَّ أن يُنْفِقَ عليها مُحْتَسِبًا بالنَّفَقةِ على مالِكِها ، وأشْهَدَ على ذلك ، فهل له أن يَرْجِعَ بالنَّفَقةِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إحْدَاهُما ، يَرْجِعُ به . نَصَّ عليه ، فى رِوَايةِ المَرُّوذِىِّ ، فى طِيَرَةٍ أفْرَخَتْ عند قَوْمٍ ، فقَضَى أن الفِرَاخَ لِصَاحِبِ الطيَرَةِ ، ويَرْجِعُ بالعَلَفِ إذا لم يكُنْ مُتَطَوِّعًا . وقَضَى عمرُ بن عبد العزيزِ فى مَن وَجَدَ ضَالَّةً ، فأنْفَقَ عليها ، وجاءَ رَبُّها ، بأنَّه يَغْرَمُ له ما أنْفَقَ ؛ وذلك لأنَّه أنْفَقَ على اللُّقَطَةِ لِحفْظِها ، فكان من مالِ صاحِبِها ، كمُؤْنَةِ الرُّطَبِ والعِنَبِ . والرِّوَايةُ الثانية ، لا يَرْجِعُ بشىءٍ . وهو قولُ الشَّعْبِىِّ ، والشافِعِىِّ . و لم يُعْجِبِ الشَّعْبِىَّ قَضاءُ عمرَ بن عبد العزيزِ ؛ لأنَّه أنْفَقَ على مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَرْجِعْ به[19] ، كما لو بَنَى دارَه ، ويُفارِقُ العِنَبَ والرُّطَبَ ، فإنَّه ربَّما كان تَجْفِيفُه والإنْفَاقُ عليه فى ذلك أحَظَّ لِصَاحِبِه ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ لا تَتَكَرَّرُ ، والحَيَوانُ يَتَكَرَّرُ الإنْفَاقُ عليه ، فربَّما اسْتَغْرَقَ قِيمَتَه ، فكان بَيْعُه أو أكْلُه أحَظَّ ، فلذلك لم يَحْتَسِبِ المُنْفِقُ عليها بما أنفَقَ . الثالث ، أن يَبِيعَها ويَحْفَظَ ثَمَنَها لِصَاحِبِها ، وله

---

(17) تقدم فى صفحة ٢٩٠ .

(18) سقط من : الأصل .

(19) سقط من : م .

أن يَتَوَلَّى ذلك بِنَفْسِه . وقال بعضُ أصْحابِ الشافِعِىّ : يَبِيعُها بإذْنِ الإمَامِ . ولَنا ، أنَّه إذا جازَ له أكْلُها بغيرِ[20] إذْنٍ ، فبَيْعُها أَوْلَى . ولم يَذْكُر أصْحَابُنا لها تَعرِيفًا فى / هذه المَواضِع . وهذا قولُ مالِكٍ ؛ لِحَدِيثِ زَيْدِ بن خالِدٍ ؛ فإنَّه ﷺ قال : « خُذْها ، فإنَّما هِىَ لَكَ أو لِأَخِيكَ أو لِلذِّئْبِ » . ولم يَأْمُرْ بتَعْرِيفِها ، كما أمَرَ فى لُقَطَةِ الذَّهَبِ والوَرِقِ . ولَنا ، أنَّها لُقَطَةٌ لها خَطَرٌ ، فوَجَبَ تَعْرِيفُها ، كالمَطْعُومِ الكَثِيرِ ، وإنَّما تَرَكَ ذِكْرَ تَعْرِيفِها لأنَّه ذَكَرَها بعدَ بَيانِه التَّعْرِيفَ فيما سِوَاها ، فاسْتَغْنَى بذلك عن ذِكْرِه فيها ، ولا يَلْزَمُ من جَوَازِ التَّصَرُّفِ فيها فى الحَوْلِ سُقُوطُ التَّعْرِيفِ ، كالمَطْعُومِ .

ظ ٥/٢٠٠

فصل : إذا أكَلَها ثَبَتَتْ قِيمَتُها فى ذِمَّتِه ، ولا يَلْزَمُه عَزْلُها ؛ لِعَدَمِ الفائِدَةِ فى ذلك ، فإنَّها لا تَنْتَقِلُ من الذِّمَّةِ إلى المالِ المَعْزُولِ . ولو عَزَلَ شَيْئًا ثم أفْلَسَ ، كان صاحِبُ اللُّقَطِ أُسْوَةَ الغُرَماءِ ، ولم يَخْتَصَّ بالمالِ المَعْزُولِ . وإن باعَها ، وحَفِظَ ثَمَنَها ، وجاءَ صاحِبُها ، أخَذَه ، ولم يُشارِكْه فيه أحدٌ من الغُرَماءِ ؛ لأنَّه عَيْنُ مالِه ، لا شىءَ لِلْمُفْلِسِ فيه .

فصل : وإذا الْتَقَطَ ما لا يَبْقَى عامًا ، فذلك نَوْعانِ ؛ أحَدُهُما ما لا يَبْقَى بعِلَاجٍ ولا غيرِه ، كالطَّبِيخِ ، والبِطِّيخِ ، والفاكِهَةِ التى لا تُجَفَّفُ ، والخَضْراواتِ . فهو مُخَيَّرٌ بين أكْلِه ، وبَيْعِه وحِفْظِ ثَمَنِه ، ولا يجوزُ إبْقاؤُه ؛ لأنَّه يَتْلَفُ . فإن تَرَكَه حتى تَلِفَ ، فهو من ضَمَانِه ؛ لأنَّه فَرَّطَ فى حِفْظِه ، فلَزِمَه ضَمَانُه ، كالوَدِيعَةِ . فإن أكَلَه ثَبَتَتِ القِيمَةُ فى ذِمَّتِه ، على ما ذَكَرْناه فى لُقَطَةِ الغَنَمِ . وإن باعَهُ وحَفِظَ ثَمَنَه ، جازَ . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىّ . وله أن يَتَوَلَّى بَيْعَه بِنَفسِه . وعن أحمدَ ، أنَّ[21] له بَيْعَ اليَسِيرِ ، وإن كان كَثِيرًا دَفَعَه إلى السُّلْطانِ . وقال أصحابُ الشافِعِىّ : ليس له بَيْعُه

---

(٢٠) فى الأصل : « من غير » .

(٢١) سقط من : م .

إلَّا بإِذْنِ الحاكِمِ ، فإن عَجَزَ عنه ، جازَ البَيْعُ بنَفْسِه ؛ لأنَّه حالُ ضَرُورَةٍ ، فأما مع القُدْرَةِ على اسْتِئْذَانِه ، فلا يجوزُ من غيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه مالٌ مَعْصُومٌ ، لا وِلَايَةَ عليه ، فلم يَجُزْ لغيرِ الحاكِمِ بَيْعُه ، كغيرِ اللُّقَطَةِ . ولَنا ، أنَّه مالٌ أُبِيحَ لِلْمُلْتَقِطِ أكْلُه ، فأُبِيحَ له بَيْعُه ، كمالِه ، ولأنَّه مالٌ أُبِيحَ له بَيْعُه عند العَجْزِ عن الحاكِمِ ، فجازَ عند القُدْرَةِ عليه ، كمالِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه متى أرادَ أكْلَه أو بَيْعَه ، حَفِظَ صِفَاتِه ، ثم عَرَّفَه عامًا ، فإذا جاءَ صاحِبُه ، فإن كان قد باعَه وحَفِظَ ثَمَنَه ، دَفَعَه إليه ، وإن كان قد أكَلَه أو أكَلَ ثَمَنَه ، غَرِمَه له بقِيمَتِه يومَ أكَلَه . وإن تَلِفَ الثمنُ بغير تَفْرِيطٍ قبلَ تَمَلُّكِه ، أو نَقَصَ أو تَلِفَتِ العَيْنُ ، أو نَقَصَتْ من غيرِ تَفرِيطِه ، فلا ضَمانَ على المُلْتَقِطِ . وإن تَلِفَتْ [22]أو نَقَصَتْ[22] أو نَقَصَ الثَّمَنُ لِتَفْرِيطِه ، فعلى المُلْتَقِطِ ضَمَانُه ، وكذلك إن تَلِفَ الثَّمَنُ بعدَ تَمَلُّكِه ، أو نَقَصَ ، ضَمِنَه . / النَّوعِ الثانى ، ما يُمْكِنُ بَقاؤُه[23] بالعِلَاجِ ، كالعِنَبِ والرُّطَبِ ، فيَنْظُرُ فيما[24] فيه الحَظُّ لِصَاحِبِه ، فإن كان فى التَّجْفِيفِ جَفَّفَه ، ولم يكُنْ له إلَّا ذلك ؛ لأنَّه مالُ غيرِه ، فلَزِمَه ما فيه الحَظُّ لِصَاحِبِه ، كوَلِىِّ اليَتِيمِ ، وإن احْتاجَ فى التَّجْفِيفِ إلى غَرامةٍ ، باعَ بعضَه فى ذلك . وإن كان الحَظُّ فى بَيْعِه ، باعَه ، وحَفِظَ ثَمَنَه ، كالطَّعَامِ والرُّطَبِ ، فإن تَعَذَّرَ بَيْعُه ، ولم يُمْكِنْ تَجْفِيفُه ، تَعَيَّنَ أكْلُه ، كالبِطِّيخِ . وإن كان أكْلُه أنْفَعَ لِصَاحِبِه ، فله أكْلُه أيضًا ؛ لأنَّ الحَظَّ فيه . ويَقْتَضِى قولُ أصْحابِنَا : إنَّ العُرُوضَ لا تُمْلَكُ بالتَّعْرِيفِ . أنَّ هذا كلَّه لا يجوزُ له أكْلُه ، لكن يَتَخَيَّرُ[25] بين الصَّدَقةِ به وبين بَيْعِه . وقد قال أحمدُ ، فى من يَجِدُ فى مَنْزِله طَعَامًا لا يَعرِفُه : يُعَرِّفُه ما لم يَخْشَ فَسَادَه ، فإن خَشِىَ فَسَادَه ، تَصَدَّقَ به ، فإن جاءَ صاحِبُه غَرِمَه . وكذلك قال مالِكٌ . وأصْحابُ الرَّأْى ، فى لُقَطَةِ ما لا يَبْقَى سَنَةً : يَتَصَدَّقُ به . وقال الثَّوْرِىُّ : يَبِيعُه ، ويَتَصَدَّقُ بِثَمَنِه . ولَنا ، على جَوَازِ أكْلِه قولُ النبىِّ ﷺ

٢٠١/٥ و

(٢٢ – ٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فى م : « إبقاؤه » .

(٢٤) فى م : « ما » .

(٢٥) فى م : « يخير » .

فى ضَالَّةِ الغَنَمِ : « خُذْهَا ، فإنَّما هِىَ لَكَ ، أو لأَخِيكَ ، أو لِلذِّئْبِ » . وهذا تَجْوِيزٌ لِلأَكلِ ، فإذا جازَ فيما هو مَحْفُوظٌ بِنفسِه ، ففيما يَفْسُدُ بِبَقَائِه أَوْلَى .

٩٤٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَا يَتعَرَّضُ لِبَعِيرٍ ، وَلَا لِمَا فِيهِ قُوَّةٌ يَمْنَعُ عَنْ نَفْسِهِ)

وجملةُ ذلك أنَّ كلَّ حَيَوانٍ يَقْوَى على الامْتِناعِ من صِغَارِ السِّبَاعِ ، ووُرُودِ الماءِ ، لا يجوزُ الْتِقَاطُه ، ولا التَّعَرُّضُ له ، سواءٌ كان لِكِبَرِ جُثَّتِه ، كالإبِلِ ، والخَيْلِ ، والبَقَرِ ، أو لِطَيَرانِه كالطُّيُورِ كلِّها ، أو لِسُرْعَتِه ، كالظِّبَاءِ والصُّيُودِ ، أو بِنَابِه كالكِلَابِ والفُهُودِ . قال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : مَن أخَذَ ضَالَّةً ، فهو ضَالٌّ . أى مُخْطِئٌ . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ . وقال مالِكٌ ، واللَّيْثُ ، فى ضالَّةِ الإبِلِ : مَنْ وَجَدَها فى القُرَى عَرَّفَها ، ومَنْ وَجَدَها فى الصَّحْراءِ لا يَقْرَبُها . ورَوَاه المُزَنِىُّ عن الشافِعِىِّ . وكان الزُّهْرِىُّ يقول : مَنْ وَجَدَ بَدَنةً فَلْيُعَرِّفْها ، فإن لم يَجِدْ صَاحِبَها فلْيَنْحَرْها قبلَ أن تَنْقَضِىَ الأيامُ الثَّلَاثةُ . وقال أبو حنيفةَ : (١)هى لُقَطَةٌ(١) يُباحُ الْتِقاطُها ؛ لأنَّها لُقَطَةٌ أشْبَهَتِ الغَنَمَ . ولَنا ، قولُ رسولِ الله ﷺ لمَّا سُئِلَ عنها : « مالكَ ولَهَا ؟ مَعَهَا حِذَاؤُها وسِقَاؤُها ، تَرِدُ الْماءَ ، وتأْكُلُ الشَّجَرَ ، حَتَّى يَجِدَها رَبُّها »(٢) . وسُئِلَ رسولُ الله ﷺ فقيل : يا رسولَ الله ، إنَّا نُصِيبُ هَوَامِىَ الإبِلِ . قال : « ضَالَّةُ المُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ »(٣) . ورُوِىَ عن جَرِيرِ بن عبدِ الله ، أنَّه أمر بطَرْدِ بَقَرةٍ لَحِقَتْ بِبَقَرِه / حتى تَوارَتْ ، وقال : سَمِعْتُ رسولَ الله ﷺ يقول : « لا يُؤْوِى(٤) الضَّالَّةَ إلَّا ضَالٌّ » رَواه أبو دَاوُدَ بمَعْناه(٥) . وقِيَاسُهُم يُعَارِضُ صَرِيحَ النَّصِّ ،

٥/٢٠١ ظ

(١ ـ ١) فى م : « فى لفظ » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٠ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٠٧ .

(٤) فى الأصل : « يأوى » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣١٥ .

وكيف يجوزُ تَرْكُ نَصِّ النبيِّ ﷺ وصَرِيحِ قوله بقِيَاسِ نَصِّه فى مَوْضِعٍ آخَر ! على أنَّ الإِبِلَ تُفارِقُ الغَنَمَ ، لِضَعْفِها ، وقِلَّةِ صَبْرِها عن الماءِ .

فصل : فإن كانت الصُّيُودُ مُسْتَوْحِشَةً ، إذا تُرِكَتْ رَجَعَتْ إلى الصَّحْرَاءِ ، وعَجَز عنها صاحِبُها ، جازَ الْتِقاطُها ؛ لأنَّ تَرْكَها أضْيَعُ لها من سائِرِ الأموالِ ، والمَقْصُودُ حِفْظُها لِصَاحِبِها ، لا حِفْظُها فى نَفْسِها ، ولو كان المَقْصُودُ حِفْظَها فى أنْفُسِها لَما جازَ الْتِقاطُ الأثْمانِ ، فإنَّ الدِّينارَ دِينارٌ حيثما كان .

فصل : والبَقَرةُ كالإِبِلِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الشافِعِيِّ ، وأبى عُبَيْدٍ . وحُكِيَ عن مالِكٍ أنَّ البَقَرةَ كالشَّاةِ . ولَنا ، خَبَرُ جَرِيرٍ فإنه طَرَدَ البَقَرةَ ولم يَأْخُذْها ، ولأنَّها تَمْتَنِعُ عن صِغَارِ السِّباعِ ، وتُجْزِئُ فى الأُضْحِيَةِ والهَدْيِ عن سَبْعَةٍ ، فأشْبَهَتِ الإِبِلَ . وكذا الحُكْمُ فى الخَيْلِ والبِغَالِ . فأمَّا الحُمُرُ ، فجَعَلَها أصْحابُنا من هذا القِسْمِ الذى لا يجوزُ الْتِقاطُه ؛ لأنَّ لها أجْسامًا كبيرةً[6] عَظِيمةً ، فأشْبَهَتِ البِغَالَ والخَيْلَ ، ولأنَّها من الدَّوَابِّ ، فأشْبَهَتِ البِغَالَ . والأَوْلَى إلْحاقُها بالشَّاةِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ عَلَّلَ الإِبِلَ بأنَّ معها حِذاءَها وسِقَاءَها . يُرِيدُ شِدَّةَ صَبْرِها عن الماءِ ؛ لِكَثْرةِ ما تُوعِي فى بُطُونِها منه ، وقُوَّتِها على وُرُودِه ، وفى إباحَةِ ضَالَّةِ الغَنَمِ بأنَّها مُعَرَّضَةٌ لأخْذِ الذِّئْبِ إيَّاها ، بقوله : « هِىَ لَكَ ، أو لأَخِيكَ ، أو لِلذِّئْبِ »[7] . والحُمُرُ مُساوِيةٌ للشَّاةِ فى عِلَّتِها ، فإنَّها لا تَمْتَنِعُ من الذِّئْبِ ، ومُفَارِقَةٌ للإِبِلِ فى عِلَّتِها ، فإنَّها لا صَبْرَ لها عن الماءِ ، ولهذا يُضْرَبُ المَثَلُ بِقِلَّةِ صَبْرِهَا عنه ، فيقال : ما بَقِيَ من مُدَّتِه[8] إلَّا ظِمْءُ[9] حِمَارٍ . وإلْحاقُ الشىءِ بما سَاوَاه فى عِلَّةِ الحُكْمِ وفَارَقَهُ فى الصُّورَةِ ، أَوْلَى من إلْحاقِه بما قَارَبَهُ فى الصُّورَةِ وفارَقَهُ فى العِلَّةِ . فأمَّا غيرُ الحَيَوانِ ، فما كان منه يَنْحَفِظُ بِنَفْسِه ، كأحْجارِ

---

(٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٠ .

(٨) فى م : « مدتها » .

(٩) الظمء : ما بين الشربتين .

الطَّوَاحِينِ ، والكَبِيرِ من الخَشَبِ ، وقُدُورِ النُّحَاسِ ، فهو كالإبِلِ فى تَحْرِيمِ أَخْذِه ، بل أَوْلَى منه ؛ لأنَّ الإبِلَ تَتَعَرَّضُ فى الجُمْلَةِ لِلتَّلَفِ ، إمَّا بالأَسَدِ ، وإمَّا بالجُوعِ أو العَطَشِ[10] ، وغيرِ ذلك ، وهذه بخِلَافِ ذلك ، ولأنَّ هذه لا تَكادُ تَضِيعُ عن صاحِبِها ولا تَبْرَحُ من مَكَانِها بخِلَافِ الحَيَوانِ ، فإذا حُرِّمَ أَخْذُ الحَيَوانِ ، فهذه أَوْلَى .

فصل : فإن أَخَذَ هذا الحَيَوانَ الذى لا يَجُوزُ أَخْذُه على سَبِيلِ الالْتِقاطِ ، ضَمِنَه ، إمَامًا كان أو غيرَه ؛ لأنَّه / أَخَذَ مِلْكَ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، ولا إذْنِ الشَّارِعِ له ، فهو كالغاصِبِ . فإن رَدَّه إلى مَوْضِعِه ، لم يَبْرَأْ من الضَّمانِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : يَبْرَأُ ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : أَرْسِلْهُ فى المَوْضِعِ الذى أَصَبْتَه فيه . وجَرِيرٌ طَرَدَ البَقَرةَ التى لَحِقَتْ بِبَقَرِه . ولَنا ، أنَّ ما لَزِمَه ضَمَانُه لا يَزُولُ عنه[11] إلَّا بِرَدِّه إلى صاحِبِه أو نائِبِه ، كالمَسْرُوقِ والمَغْصُوبِ . وأمَّا حَدِيثُ جَرِيرٍ ، فإنَّه لم يَأْخُذِ البَقَرةَ ، ولا أَخَذَها رَاعِيه ، إنَّما لَحِقَتْ بالبَقَرِ ، فطَرَدَها عنها ، فأَشْبَه ما لو دَخَلَتْ دارَه فأَخْرَجَها . فعلى هذا ، متى لم يَأْخُذْها بحيثُ تَثْبُتُ يَدُه عليها ، لا يَلْزَمُه ضَمَانُها ، [12]سواءٌ طَرَدَها أو لم يَطْرُدْها . وإن أَخَذَها فلَزِمَه[13] ضَمَانُها[12] ، فدَفَعَها إلى الإمامِ أو نائِبِه ، زالَ عنه الضَّمانُ ؛ لأنَّ له نَظَرًا فى ضَوَالِّ النَّاسِ ، بِدَلِيلِ أنَّ له أَخْذَها ، فكان نائِبًا عن أصْحَابِها فيها .

٢٠٢/٥ و

فصل : ولِلْإمامِ أو نائِبِه أَخْذُ الضَّالَّةِ على وَجْهِ الحِفْظِ لِصاحِبِها ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، حَمَى مَوضِعًا يُقال له[14] النَّقِيعُ لِخَيْلِ المُجَاهِدِينَ والضَّوَالِّ[15] ، ولأنَّ لِلْإمَامِ نَظَرًا فى حِفْظِ مالِ الغائِبِ ، وفى أَخْذِ هذه حِفْظٌ لها عن الهَلَاكِ . ولا يَلْزَمُه

---

(١٠) فى م : « والعطش » .
(١١) سقط من : الأصل .
(١٢ - ١٢) سقط من : الأصل .
(١٣) فى م : « تلزمه » . ولعل الصواب ما أثبتناه .
(١٤) سقط من : م .
(١٥) انظر ما تقدم فى صفحة ١٦٦ .

تَعْرِيفُها ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لم يكُنْ يُعَرِّفُ الضَّوالَّ . ولأنَّه إذا عُرِفَ ذلك ، فمَن كانت له ضالَّةٌ فإنَّه يَجِىءُ إلى مَوْضِعِ[16] الضَّوالِّ ، فإذا عَرَفَ ضالَّتَه أقامَ البَيِّنَةَ عليها وأخَذَها ، ولا يُكْتَفَى فيها بالصِّفَةِ ؛ لأنَّها ظاهِرَةٌ بين الناسِ ، فيَعْرِفُ صِفَاتِها مَن رَآها من غيرِ أهْلِها ، فلا تكونُ الصِّفَةُ لها دَلِيلًا على مِلْكِه لها . ولأنَّ الضَّالَّةَ قد كانت ظاهِرَةً بين الناسِ حين كانت فى يَدِ مالِكِها ، فلا يَخْتَصُّ هو بمَعْرِفةِ صِفَاتِها دُونَ غيرِه ، فلم يكُنْ ذلك دَلِيلًا ، ويُمْكِنُه إقامَةُ البَيِّنَةِ عليها لِظُهُورِها للناسِ ، ومَعْرِفَةِ خُلَطائِه وجِيرَانِه بمِلْكِه إيَّاها .

فصل : وإن أخَذَها غيرُ الإمامِ أو نائِبُه لِيَحْفَظَها لِصَاحِبِها ، لم يَجُزْ له ذلك ، ولَزِمَه ضَمَانُها ؛ لأنَّه لا وِلَايةَ له على صاحِبِها . وهذا ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىّ . ولأصْحَابِه وَجْهٌ ، أنَّ له أخْذَها لحِفْظِها ، قِيَاسًا على الإمامِ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ مَنَعَ أخْذَها من غيرِ تفرِيقٍ بين قاصِدِ الحِفْظِ وقاصِدِ الالْتِقَاطِ ، ولا يَصِحُّ القِيَاسُ على الإمامِ ؛ لأنَّ له وِلَايَةً ، وهذا لا وِلَايَةَ له . وإن وَجَدَها فى مَوْضِعٍ يَخَافُ عليها به ، مثل أن يَجِدَها بأرْضٍ مَسْبَعَةٍ ، يَغْلِبُ على الظَّنِّ أن الأسَدَ يَفْتَرِسُها إن تُرِكَتْ به ، أو قريبًا[17] من دارِ الحَرْبِ ، يخَافُ عليها من أهْلِها ، أو بمَوْضِعٍ يَسْتَحِلُّ أهْلُه أمْوالَ المُسْلِمينَ ، كوادِى التَّيمِ ، أو فى بَرِّيَّةٍ لا ماءَ بها / ولا مَرْعَى ، فالأَوْلَى جَوَازُ أخْذِها لِلْحِفْظِ ، ولا ضَمَانَ على آخِذِها ؛ لأنَّ فيه إنْقاذَها من الهَلاكِ ، فأشْبَه تَخْلِيصَها من غَرَقٍ أو حَرِيقٍ . فإذا حَصَلَتْ فى يَدِه ، سَلَّمَها إلى نائِبِ الإمامِ ، وبَرِئَ من ضَمَانِها ، ولا يَمْلِكُها بالتَّعْرِيفِ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ لم يَرِدْ بذلك فيها .

٢٠٢/٥ ظ

فصل : وما يَحْصُلُ عند الإمامِ من الضَّوالِّ ، فإنَّه يُشْهِدُ عليها ، ويَسِمُها بأنَّها ضالَّةٌ ، ثم إن كان له حِمًى تَرْعَى فيه ، تَرَكَها فيه إن رَأَى ذلك ، وإن رَأَى المَصْلَحَةَ

---

(١٦) فى الأصل : « مواضع » .

(١٧) فى م : « فرسا » تحريف .

فى بَيْعِها [18] وحِفْظِ ثَمَنِها [18] ، أو لم يكُنْ له حِمًى ، باعَها بعدَ أن يَحْلِيَها ، ويَحْفظَ صِفَاتِها ، ويَحْفَظُ ثَمَنَها لِصَاحِبِها ، فإنَّ ذلك أحْفَظُ لها ؛ لأنَّ تَرْكَها يُفْضِى إلى أن تأْكُلَ جَمِيعَ ثَمَنِها .

فصل : ومَنْ تَرَكَ دَابَّةً بمَهْلَكَةٍ ، فأخَذَها إنْسانٌ ، فأطْعَمَها وسَقَاها وخَلَّصَها ، مَلَكَها . وبه قال اللَّيْثُ ، والحَسَنُ بن صالحٍ ، وإسحاقُ . إلَّا أن يكونَ تَرَكَها لِيَرْجِعَ إليها ، أو ضَلَّتْ منه . وقال مالِكٌ : هى لِمالِكِها الأَوَّل ، ويَغْرَمُ ما أنْفَقَ عليها . وقال الشافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : هى لمالِكِها ، والآخَرُ مُتَبَرِّعٌ بالنَّفَقةِ ، لا يَرْجِعُ بشىءٍ ؛ لأنَّه مِلْكُ غيرِه ، فلم يَمْلِكْه بغيرِ عِوَضٍ من غيرِ رِضَاه ، [18] كما لو كانتْ فى غيرِ مَهْلَكَةٍ ، ولا يَمْلِكُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه أنْفَقَ على مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه ، فلم يَرْجِعْ بشىءٍ ، كما لو بَنَى دَارَه [18] . ولَنا ، ما رَوَى الشَّعبِىُّ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « مَنْ وَجَدَ دَابَّةً قَدْ عَجَزَ عنها أهْلُها ، فَسَيَّبُوهَا ، فأخَذَها ، فأحْيَاهَا ، فَهِىَ لَهُ » . قال [19] عُبَيْد الله بن حُمَيْد ابن [19] عبد الرحمنِ : فقلت – يَعْنِى لِلشَّعْبِىِّ – : مَنْ حَدَّثَكَ بهذا ؟ قال : غيرُ واحِدٍ من أصْحابِ رسولِ اللهِ ﷺ . رَوَاه أبو دَاوُدَ بإسْنَادِه [20] . وفى لَفْظٍ عن الشَّعْبِىِّ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنْ تَرَكَ دَابَّةً بمَهْلَكَةٍ ، فَأَحْياهَا رَجُلٌ ، فَهِىَ لِمَنْ أَحْيَاهَا » . ولأنَّ فى الحُكْمِ بمِلْكِها إحْياءَها وإنْقَاذَها من الهَلاكِ ، وحِفْظًا للمالِ عن الضَّياعِ ، ومُحَافَظَةً على حُرْمَةِ الحَيَوانِ ، وفى القول بأنها لا تُمْلَكُ تَضْيِيعٌ لذلك كلِّه ، من غيرِ مَصْلَحةٍ تَحْصُلُ ، ولأنَّه نُبِذَ رَغْبَةً عنه وعَجْزًا عن أخْذِه ،

(18 – 18) سقط من : الأصل .

(19 – 19) سقط من : م ، وفى الأصل ، ا : « عبد بن حميد بن » . والمثبت فى سنن أبى داود . وانظر : تهذيب التهذيب 9/7 .

(20) فى : باب فى من أحيا حسيرا ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود 258/2 .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب الرجل يجد ضالة يريد ردها ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى 198/6 . والدارقطنى ، فى : كتاب البيوع . سنن الدارقطنى 68/3 .

(٢١فمَلَكَه آخِذُه٢١) ، كالسَّاقِطِ من السُّنْبُلِ ، وسائِر ما يَنْبذُه الناسُ رَغْبَةً عنه .

فصل : وإن تَركَ مَتاعًا ، فخَلَّصَهُ إنسانٌ ، لم يَمْلِكْه ؛ لأنَّه لا حُرْمَةَ له فى نَفْسِه ، ولا يُخْشَى عليه التَّلَفُ ، كالخَشْيَةِ على الحَيوانِ ، فإنَّ الحَيوانَ يَمُوتُ إذا لم يُطْعَمْ ويُسْقَى ، وتأْكُلُه السِّباعُ ، والمَتاعُ يَبْقَى حتى يَرْجِعَ إليه صاحِبُه . وإن كان المَتْرُوكُ عَبْدًا ، لم يُمْلَكْ بأخْذِه ؛ لأنَّ العَبْدَ فى العادةِ يُمْكِنُه التَّخَلُّصُ إلى الأماكِنِ التى يَعِيشُ فيها ، بخِلَافِ البَهِيمَةِ . وله أخْذُ العَبْدِ والمَتاعِ لِيُخَلِّصَه لِصَاحِبِه ، وله أجْرُ مِثْلِه فى تَخْلِيصِ المَتاعِ . نَصَّ عليه ، وكذلك فى العَبْدِ على قِيَاسِه . قال القاضى : يَجِبُ أن يُحْمَلَ قولُه فى وُجُوبِ الأجْرِ ، على أنَّه جَعَلَ / له ذلك أو أمَرَه(٢٢) به ، فأمَّا إن لم يَجْعَلْ له شيئا ، فلا جُعْلَ له ؛ لأنَّه عَمِلَ فى مالِ غيرِه بغير جُعْلٍ ، فلم يَسْتَحِقَّ شيئا ، كالمُلْتَقِطِ . وهذا خِلَافُ ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه لو جَعَلَ له جُعْلًا لَاسْتَحَقَّه ، ولم يَجْعَلْ له أجْرَ المِثْلِ ، ويُفارِقُ هذا المُلْتَقِطَ ، فإنَّ المُلْتَقِطَ لم يُخَلِّص اللُّقَطَةَ من الهَلَاكِ ، ولو تَرَكَها أمكنَ أن يَرْجِعَ صاحِبُها فيَطْلُبَها فى(٢٣) مَكَانِها فيَجِدَها ، وهٰهُنا إن لم يُخْرِجْه هذا ضَاعَ وهَلَكَ ، ولم يَرْجِعْ إليه صاحِبُه ، ففى جَعْلِ الأجْرِ فيه حِفْظٌ لِلْأمْوالِ من غيرِ مَضَرَّةٍ ، فجازَ ذلك ، كالجُعْلِ فى الآبِقِ ، ولأنّ اللُّقَطَةَ جَعَلَ فيها الشارِعُ ما يَحُثُّ على أخْذِها ، وهو مِلْكُها إن لم يَجِئْ صاحِبُها ، فاكْتَفَى به عن الأجْرِ ، فيَنْبَغِى أن يُشْرَعَ فى هذا ما يَحُثُّ على تَخْلِيصِه بطَرِيقِ الأوْلَى ، وليس إلَّا الأجْرُ . فأمَّا ما أَلْقاهُ رُكَّابُ البَحْرِ فيه ، خَوْفًا من الغَرَقِ ، فلم أعْلَمْ لأصْحَابِنا فيه قولًا ، سوى عُمُومِ قَوْلِهم الذى ذَكَرْناه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ هذا مَنْ أخَذَه . وهو قول اللَّيْثِ ابن سَعْدٍ . وبه قال الحَسَنُ ، فى مَن أخْرَجَه ، قال : وما نَضَبَ عنه الماءُ فهو لأهْلِه .

٢٠٣/٥ و

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) فى الأصل : « وأمره » .

(٢٣) فى م : « من » .

وقال ابنُ المُنْذِرِ: يَرُدُّه على أصْحَابه، ولا جُعْلَ له. ويَقْتَضِيه قولُ الشَّافِعِيِّ والقاضى؛ لما تَقَدَّمَ. ومُقْتَضَى[24] قولِ الإمامِ أبى عبدِ الله، أنَّ لمن أنْقَذَه أجْرَ مِثْلِه؛ لما ذَكَرْنا. وَوَجْهُ ما ذَكَرْناه من الاحْتِمالِ أنَّ هذا مالٌ ألْقَاهُ صاحِبُه فيما يَتْلَفُ بتَرْكِه فيه اخْتِيارًا منه، فمَلَكَه مَنْ أخَذَه، كالذى ألْقَوْهُ رَغْبةً عنه، ولأنَّ فيما ذَكَرُوه تَحْقِيقًا لإتْلافِه، فلم يَجُزْ، كمُباشَرَتِه بالإتْلافِ. فأمَّا إن انْكَسَرَتِ السَّفِينَةُ، فأخْرَجَهُ قَوْمٌ، فقال مالِكٌ: يَأْخُذُ أصْحابُ المَتاعِ مَتاعَهُم، ولا شىءَ للذى أصَابُوه. وهذا قولُ الشافِعِىِّ، وابنِ المُنْذِرِ، والقاضى. وعلى قِيَاسِ نَصِّ أحمدَ يكونُ لِمُسْتَخْرِجه هٰهُنا[25] أجْرُ المِثْلِ؛ لأنَّ ذلك وَسِيلةٌ إلى تَخْلِيصِه، وحِفْظِه لِصَاحِبِه، وصِيَانَتِه عن الغَرَقِ، فإنَّ الغَوَّاصَ إذا عَلِمَ أنَّه يُدْفَعُ إليه الأجْرُ، بادَرَ إلى التَّخْلِيصِ لِيُخَلِّصَه، وإن عَلِمَ أنَّه يُؤْخَذُ منه بغيرِ شىءٍ، لم يُخاطِرْ بنَفْسِه فى اسْتِخْرَاجِه، فيَنْبَغِى أن يُقْضَى له بالأجْرِ، كجُعْلِ رَدِّ الآبِقِ.

فصل: ذَكَرَ القاضى فيما إذا الْتَقَطَ عَبْدًا صَغِيرًا، أو جارِيةً، أنَّ قِيَاسَ المَذْهَبِ أنَّه لا يَمْلِكُ بالتَّعْرِيفِ. وقال الشافِعِىُّ: يَمْلِكُ العَبْدَ دون الجارِيَةِ، لأنَّ التَّمَلُّكَ بالتَّعْرِيفِ عندَه اقْتِراضٌ، والجارِيَةُ عنده لا تُمْلَكُ بالقَرْضِ. /وهذه المَسْأَلةُ فيها نَظَرٌ؛ فإنَّ اللَّقِيطَ مَحْكُومٌ بحُرِّيَتِه، فإن كان ممَّن يُعَبِّرُ عن نَفْسِه، فأقَرَّ بأنَّه مَمْلُوكٌ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه؛ لأنَّ الطِّفْلَ لا قَوْلَ له، ولو اعْتُبِرَ قَوْلُه فى ذلك، لَاعْتُبِرَ فى تَعْرِيفِه سَيِّدَه. والله أعلمُ.

٥/٢٠٣ ظ

(٢٤) فى الأصل: «ويقتضى».

(٢٥) سقط من: م.

كتاب اللَّقِيطِ

وهو الطِّفْلُ المَنْبُوذُ . واللَّقِيطُ بمَعْنَى المَلْقُوطِ ، فَعِيلٌ بمَعْنَى مَفْعُولٍ ، كقَوْلِهم : قَتِيلٌ وجَرِيحٌ وطَرِيحٌ . والْتِقَاطُه واجِبٌ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَى ﴾[1] . ولأنَّ فيه إحْياءَ نَفْسِه ، فكان واجِبًا ، كإطْعَامِه إذا اضْطُرَّ ، وإنْجَائِه من الغَرَقِ . ووُجُوبُه على الكِفَايةِ ، إذا قامَ به واحدٌ سَقَطَ عن الباقِينَ ، فإن تَرَكَه الجَماعةُ ، أَثِمُوا كُلُّهم ، إذا عَلِمُوا فتَرَكُوه مع إمْكانِ أخْذِه . ورُوِى عن سُنَيْنٍ أبى جَمِيلَةَ ، قال : وَجَدْتُ مَلْفُوفًا[2] ، فأتَيْتُ به عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فقال عَرِيفِى : ياأمِيرَ المُؤْمِنِينَ ، إنَّه رَجُلٌ صالِحٌ . فقال عمرُ : أكذلك هو ؟ قال : نعم . قال فَاذْهَبْ فهو حُرٌّ ، ولك وَلاؤُه ، وعلينا نَفَقَتُه . رَوَاه سَعِيدٌ[3] ، عن سُفْيَانَ ، عن الزُّهْرِىِّ ، سَمِعَ سُنَيْنًا أبا جَمِيلَةَ بهذا ، وقال : عَلَيْنا رَضَاعُهُ .

٩٥٠ – مسألة ؛ قال : (واللَّقِيطُ حُرٌّ)

وجملةُ ذلك أنَّ اللَّقِيطَ حُرٌّ ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ ، إلَّا النَّخَعِىَّ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ عَوَامُّ أهْلِ العِلْمِ على أن اللَّقِيطَ[1] حُرٌّ . رُوِىَ هذا القولَ عن عمرَ وعلىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وبه قال عمرُ بن عبد العزيزِ ، والشَّعْبِىُّ والحَكَمُ ، وحَمَّادٌ ، ومالِكٌ ،

---

(١) سورة المائدة ٢ .

(٢) فى الأصل : « ملقوطا » .

(٣) وأخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى المنبوذ ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢/٧٣٨ . والبيهقى ، فى : باب التقاط المنبوذ ... ، من كتاب اللقطة . السنن الكبرى ٦/٢٠١ ، ٢٠٢ .

(١) فى الأصل : « الملتقط » .

والثَّوْرِىُّ والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرأى ، ومَنْ تَبِعَهُم . وقال النَّخَعِىُّ : إن الْتَقَطَه لِلْحِسْبَةِ[2] ، فهو حُرٌّ ، وإن كان أرادَ أن يَسْتَرِقَّه ، فذلك له . وذلك قَوْلٌ شَذَّ فيه عن الخُلَفاءِ والعُلَماءِ ، ولا يَصِحُّ فى النَّظَرِ ؛ فإنَّ الأصْلَ فى الآدَمِيِّينَ الحُرِّيَّةُ ، فإنَّ اللهَ تعالى خَلَقَ آدَمَ وذُرِّيَّتَهُ أحْرَارًا ، وإنَّما الرِّقُّ لِعَارِضٍ ، فإذا لم يُعْلَمْ ذلك العارِضُ ، فله حُكْمُ الأصْلِ .

فصل : ولا يَخْلُو اللَّقِيطُ من أن يُوجَدَ فى دارِ الإسلامِ ، أو فى دارِ الكُفْرِ ، فأما دارُ الإسلامِ فضَرْبانِ ؛ أحدُهما ، دارٌ اخْتَطَّها المسلمون ، كبَغْدَادَ والبَصْرَةِ والكُوفَةِ ، فَلَقِيطُ هذه مَحْكُومٌ بإسْلَامِه ، وإن كان فيها أهْلُ الذِّمَّةِ تَغْلِيبًا للإسْلامِ ولِظَاهِرِ الدَّارِ ، ولأنَّ الإسلامَ يَعْلُو ولا يُعْلَى عليه . الثانى ، دارٌ فَتَحَها المسلمون ، كمَدَائِنِ الشَّامِ ، فهذه إن كان فيها مُسْلِمٌ واحِدٌ حُكِمَ بإسْلَامِ لَقِيطِها ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ لذلك المُسْلِمِ ، تَغْلِيبًا للإسلامِ ، وإن لم يكنْ فيها مُسْلِمٌ ، بل كلُّ أهْلِها ذِمَّةٌ حُكِمَ بكُفْرِه ؛ لأن تَغْلِيبَ حُكْمِ الإسلامِ /إنَّما يكونُ مع الاحْتِمالِ . وأما بَلَدُ الكُفَّارِ فضَرْبانِ أيضًا ؛ أحدُهما ، بَلَدٌ كان لِلمسلمين ، فغَلَبَ الكُفَّارُ عليه ، كالسَّاحِلِ ، فهذا كالقِسْمِ الذى قبلَه ، إن كان فيه[3] مُسْلِمٌ واحدٌ حُكِمَ بإسْلَامِ لَقِيطِه ، وإن لم يكُنْ فيه[3] مُسْلِمٌ فهو كافِرٌ . وقال القاضى : يُحْكَمُ بإسْلَامِه أيضا ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ فيه مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ إيمَانَه ، بخِلَافِ الذى قَبْلَه ، فإنَّه لا حاجَةَ به إلى كَتْمِ إيمَانِه فى دارِ الإسْلام . وإن كان فى[4] بَلَدٍ كان لِلْمسلمين ، ثم غَلَبَ عليه المشركون ، ثم ظَهَرَ عليه المسلمون ، وأقَرُّوا فيه أهْلَه بالجِزْيَةِ ، فهذا كالقِسْمِ الثانى من دارِ الإسلامِ . الثانى ، دارٌ لم تكُنْ لِلمسلمين أصْلًا ، كبِلَادِ الهِنْدِ والرُّومِ ، فإن لم يكُنْ فيها مُسْلِمٌ ، فَلَقِيطُها كافِرٌ ؛ لأنَّ الدَّارَ لهم وأهْلُها منهم ، وإن كان فيها مسلمون كالتُّجّارِ وغيرِهِم ، احْتَمَلَ أن

٢٠٤/٥ و

---

(٢) فى الأصل : « للحسنة » .

(٣) فى الأصل : « فيهم » .

(٤) سقط من : م .

يُحْكَمَ بإِسْلَامِه ، تَغْلِيبًا للإِسلامِ ، واحْتَمَلَ أن يُحْكَمَ بكُفْرِه ، تَغْلِيبًا لِلدَّارِ والأَكْثَرِ .
وهذا التَّفصِيلُ كلُّه مذهبُ الشافِعِيِّ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَوامُّ أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ الطِّفْلَ إذا وُجِدَ في بِلادِ المسلمين ، مَيِّتًا في أىِّ مكانٍ وُجِدَ ، أنَّ غُسْلَه ودَفْنَهُ في مَقَابِرِ المسلمين يَجِبُ ، وقد مَنَعُوا أن يُدْفَنَ أطْفَالُ المشركين في مَقابِرِ المسلمين . قال : وإذا وُجِدَ لَقِيطٌ في قَرْيَةٍ ليس فيها إلَّا مُشْرِكٌ ، فهو على ظاهِرِ ما حَكَمُوا به أنَّه كافِرٌ . هذا قولُ أصْحابِ[5] الشافِعِيِّ وأصْحابِ الرَّأْيِ .

فصل : وفي المَوْضِعِ الذي حَكَمْنا بإسْلَامِه ، إنَّما يَثْبُتُ ذلك ظاهِرًا لا يَقِينًا ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ أن يكونَ وَلَدَ كافِرٍ ، فلو أقَامَ كافِرٌ بَيِّنَةً أنَّه وَلَدُه وُلِدَ على فِراشِه ، حَكَمْنا له به .
وإذا بَلَغَ اللَّقِيطُ حَدًّا يَصِحُّ فيه إسْلَامُه ورِدَّتُه ، فوَصَفَ الإِسْلَامَ فهو مُسْلِمٌ ، سواءٌ كان ممَّن حُكِمَ بإسْلَامِه أو كُفْرِه ، وإن وَصَفَ الكُفْرَ ، وهو ممَّن حُكِمَ بإسْلَامِه ، فهو مُرْتَدٌّ لا يُقَرُّ على كُفْرِه . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وذَكَرَ القاضي وَجْهًا ، أنَّه يُقَرُّ على كُفْرِه . وهو مَنْصُوصُ الشافِعِيِّ ؛ لأنَّ قَوْلَه أقْوَى من ظاهِرِ الدَّارِ . وهذا وَجْهٌ مُظْلِمٌ ؛ لأنَّ دَلِيلَ الإِسْلَامِ وُجِدَ عَرِيًّا عن المُعَارِضِ ، وثَبَتَ حُكْمُه ، واسْتَقَرَّ ، فلم يَجُزْ إزالَةُ حُكْمِه بقَوْله ، كما لو كان ابنَ مُسْلِمٍ . وقوله لا دَلَالَةَ فيه أصْلًا ؛ لأنَّه لا يَعْرِفُ في الحال مَنْ كان أبُوه ، ولا ما كان دِينُه ، وإنَّما يقولُ هذا من تلْقَاءِ نَفْسِه ، فعلى هذا إذا بَلَغَ اسْتُتِيبَ ثَلاثًا ، فإن تابَ وإلَّا قُتِلَ . فأمَّا على قَوْلِهم ، فقال القاضي : إن وَصَفَ كُفْرًا ، يُقَرُّ أهْلُه عليه بالجزْيَةِ ، / عُقِدَتْ له الذِّمَّةُ ، فإن امْتَنَعَ من الْتِزَامِها ، أو وَصَفَ كُفْرًا لا يُقَرُّ أهْلُه عليه ، أُلْحِقَ بمَأْمَنِه . وهذا بَعِيدٌ جِدًّا ؛ فإنَّ هذا اللَّقِيطَ لا يَخْلُو من أن يكونَ ابنَ وَثَنِيٍّ حَرْبِيٍّ ، فهو حاصِلٌ في يَدِ المسلمين بغيرِ عُهْدَةٍ ولا عَقْدٍ ، فيكونُ لواجِدِه ، ويَصِيرُ مُسْلِمًا بإسلامِ سَابِيه ، أو يكونَ ابنَ ذِمِّيَّيْنِ ، أو أحَدهما ذِمِّيٌّ ، فلا يُقَرُّ على الانْتِقالِ إلى غيرِ دِينِ أهْلِ الكِتَابِ ، أو يكونَ ابنَ مُسْلِمٍ أو ابنَ مُسْلِمَيْنِ ، فيكون

٥/٢٠٤ ظ

---

(٥) سقط من : الأصل .

مُسْلِمًا . قال أحمدُ ، فى أَمَةٍ نَصْرَانِيَّةٍ ، وَلَدَتْ من فُجُورٍ : وَلَدُها مُسْلِمٌ ؛ لأنَّ أبَوَيْه يُهَوِّدَانِه ويُنَصِّرَانِه ، وهذا ليس معه إلَّا أُمُّهُ . وإذا لم يكُنْ لهاذ الوَلَدِ حالٌ يَحْتَمِلُ أن يُقَرَّ فيها على دِينٍ لا يُقَرُّ أهْلُه عليه ، فكَيْفَ يُرَدُّ إلى دارِ الحَرْبِ .

فصل : إذا جَنَى اللَّقِيطُ جِنَايةً تَحْمِلُها العاقِلَةُ ، فالعَقْلُ على بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّ مِيرَاثَه له ، ونَفَقَتَه عليه . وإن جَنَى جِنَايةً لا تَحْمِلُها العاقِلَةُ ، فحُكْمُه فيها حُكْمُ غيرِ[6] اللَّقِيطِ ؛ إن كانت تُوجِبُ القِصَاصَ وهو بالِغٌ عاقِلٌ ، اقْتُصَّ منه ، وإن كانت مُوجِبَةً للمالِ وله مالٌ ، اسْتُوْفِىَ منه ، وإلَّا كان فى ذِمَّتِه حتى يُوسِرَ . وإن جُنِىَ عليه فى النَّفْسِ جِنَايةً تُوجِبُ الدِّيَةَ ، فهى لِبَيْتِ المالِ ؛ لأنَّه وارِثُه . وإن كان عَمْدًا مَحْضًا ، فالإمامُ مُخَيَّرٌ بين اسْتِيفاءِ القِصَاصِ إن رَآهُ أحَظَّ لِلْمَلاقِيطِ ، والعَفْوِ على مالٍ . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأبو حنيفةَ ، إلَّا أنَّه يُخَيِّرُه بين القِصَاصِ والمُصَالَحةِ ؛ وذلك لقولِ النبىِّ ﷺ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِىُّ مَنْ لا وَلِىَّ لَهُ »[7] . وإن جُنِىَ عليه فيما دون النَّفْسِ جِنَايَةً تُوجِبُ الأَرْشَ قبلَ بُلُوغِه ، فلِوَلِيِّه أخْذُ الأَرْشِ . وإن كانت عَمْدًا مُوجِبَةً للقِصَاصِ ، ولِلَّقِيطِ مالٌ يَكْفِيه ، وَقَفَ الأمْرُ على بُلُوغِه لِيَقْتَصَّ أو يَعْفُوَ ، سواءٌ كان عاقِلًا أو مَعْتُوهًا . وإن لم يكُنْ له مالٌ ، وكان عاقِلًا ، انْتُظِرَ بُلوغُه أيضا ، وإن كان مَعْتُوهًا فَلِلْوَلِىِّ العَفْوُ على مالٍ يَأْخُذُه له ؛ لأنَّ المَعْتُوهَ ليس له حالٌ مَعْلُومةٌ مُنْتَظَرَةٌ ، فإنَّ ذلك قد يَدُومُ به ، والعاقِلُ له حالٌ مُنْتَظَرَةٌ ، فافْتَرَقَا . وفى الحال التى يَنْتَظِرُ بُلُوغَه ، فإنَّ الجانِىَ يُحْبَسُ حتى يَبْلُغَ اللَّقِيطُ ، فيَسْتَوْفِىَ لِنَفْسِه . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ، وقد

---

(٦) سقط من الأصل . وورد فى م : « غير حكم » .

(٧) أخرجه أبو داود ، فى : باب الولى ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا نكاح إلا بولى ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/١٣ . وابن ماجه ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٠٥ . والدارمى ، فى : باب النهى عن النكاح بغير ولى ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٣٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٥٠ ، ٦/٤٧ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

رُوِىَ عن أحمدَ رِوَايةٌ أخرى ، أنَّ للإمَامِ اسْتِيفَاءَ القِصَاصِ له . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه أحَدُ نَوْعَيِ القِصَاصِ . فكان للإمَامِ اسْتِيفاؤُه عن اللَّقِيطِ ، كالقِصَاصِ فى النَّفْسِ . ولَنا ، أنه قِصَاصٌ لم يَتَحَتَّم اسْتِيفاؤُه ، فوَقَفَ على قَوْلِه ، كما لو كان بالِغًا غائِبًا ، وفارَقَ / القِصَاصَ فى النَّفْسِ ، فإنَّ القِصَاصَ ليس هو له ، إنَّما هو لِوَارِثِه ، والإمامُ المُتَوَلِّى له .

٥/٢٠٥ و

فصل : وإن قَذَفَ اللَّقِيطُ بعدَ بُلُوغِه مُحْصَنًا ، حُدَّ ثَمَانِينَ ؛ لأنَّه حُرٌّ . وإن قَذَفَه قاذِفٌ ، وهو مُحْصَنٌ ، فعليه الحَدُّ ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه . فإن ادَّعَى القاذِفُ أنَّه عَبْدٌ ، فصَدَّقَه اللَّقِيطُ ، سَقَطَ الحَدُّ ؛ لإقْرارِ المُسْتَحِقِّ بسُقُوطِ الحَدِّ ، ويَجِبُ التَّعْزِيرُ ؛ لِقَذْفِه مَنْ ليس بمُحْصَنٍ . وإن كَذَّبَه اللَّقِيطُ ، وقال : إنِّى حُرٌّ فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، فقولُه مُوَافِقٌ لِلظَّاهِرِ ، ولذلك أوْجَبْنا عليه حَدَّ الحُرِّ إذا كان قاذِفًا ، وأوْجَبْنا له القِصَاصَ ، وإن كان الجانِى حُرًّا . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ القولُ قولَ القاذِفِ ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُ صِحَّةَ ما قالَه ، بأن يكونَ ابنَ أَمَةٍ ، فيكونَ ذلك شُبْهةً ، والحَدُّ يُدْرَأُ[8] بالشُّبُهاتِ . وفارَقَ القِصَاصَ له إذا ادَّعَى الجانِى عليه أنه عَبْدٌ ؛ لأنَّ القِصَاصَ ليس بحَدٍّ ، وإنما : وَجَبَ حَقًّا لآدَمِىٍّ ، ولذلك جازَتِ المُصَالَحةُ عنه ، وأخْذُ بَدَلِه ، بخِلَافِ حَدِّ القَذْفِ . ويَتَخَرَّجُ مِن هذا أنَّ اللَّقِيطَ إذا كان قاذِفًا ، فادَّعَى أنَّه عَبْدٌ لِيَجِبَ عليه حَدُّ العَبْدِ ، قُبِلَ منه ؛ لذلك . والأوّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ كلَّ من كان مَحْكُومًا بحُرِّيَّتِه ، لا يَسْقُطُ الحَدُّ عن قاذِفِه باحْتِمالِ رِقِّه ، بِدَلِيلِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، ولو سَقَطَ الحَدُّ لهذا الاحْتِمالِ ، لَسَقَطَ وإن لم يَدَّعِ القاذِفُ رِقَّه ؛ لأنَّه مَوْجُودٌ وإن لم يَدَّعِه .

---

(٨) فى م : « يندرئ » .

٩٥١ ـ مسألة ؛ قال : (وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إنْ لَمْ يُوجَدْ مَعَهُ شَيْءٌ يُنْفَقُ عَلَيْهِ)

وجملتُه أن اللَّقِيطَ إذا لم يُوجَدْ معه شيءٌ ، لم يُلْزَم المُلْتَقِطُ بالإنْفاقِ[1] عليه ، في قول عَامَّةِ أهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : "[2]أجْمَعَ كلُّ[2] مَن نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ نَفقَةَ اللَّقِيطِ غيرُ واجِبَةٍ على المُلْتَقِطِ ، كوُجُوبِ نَفقَةِ الوَلَدِ . وذلك لأنَّ أسْبابَ وُجُوبِ النَّفقةِ ، من القَرَابةِ ، والزَّوْجِيَّةِ ، والمِلْكِ ، والوَلَاءِ ، مُنْتَفِيَةٌ ، والالْتِقَاطُ إنَّما هو تَخْلِيصٌ له من الهَلَاكِ ، وتَبَرُّعٌ بحِفْظِه ، فلا يُوجِبُ ذلك النَّفقَةَ ، كما لو فَعَلَه بغير اللَّقِيطِ . وتَجِبُ نَفقَتُه في بَيْتِ المالِ ؛ لقولِ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، في حَدِيثِ أبي جَمِيلَةَ : اذْهَبْ فهو حُرٌّ ، ولك وَلَاؤُه ، وعلينا نَفقَتُه[3] . وفي رِوَايةٍ : مِن بَيْتِ المالِ ؛ ولأنَّ بَيْتَ المالِ وارِثُه ، ومالُه مَصْرُوفٌ إليه ، فتكونُ نَفقَتُه عليه ، كقَرَابَتِه ومَوْلَاهُ . فإن تَعَذَّرَ الإنْفاقُ عليه من بَيْتِ المالِ ، لِكَوْنِه لا مَالَ فيه ، أو كان في مكانٍ لا إمَامَ فيه ، أو لم يُعْطَ شيئا ، فعلى مَنْ عَلِمَ حالَه / من المُسْلِمينَ الإنْفَاقُ عليه ؛ لقَوْلِ الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَى ﴾[4] . ولأنَّ في تَرْكِ الإنْفاقِ عليه هَلَاكَه ، وحِفْظُه عن ذلك واجِبٌ ، كإنْقاذِه من الغَرَقِ . وهذا فَرْضُ كِفَايةٍ ، إذا قامَ به قَوْمٌ سَقَطَ عن الباقِينَ ، فإن تَرَكَه الكُلُّ أثِمُوا . ومَنْ أنْفَقَ عليه مُتَبَرِّعًا ، فلا شيءَ له ، سواءٌ كان المُلْتَقِطَ أو غيرَه . وإن لم يَتَبَرَّعْ بالإنْفاقِ عليه ، فأنْفَقَ عليه المُلْتَقِطُ أو غيرُه مُحْتَسِبًا بالرُّجُوعِ عليه إذا أيْسَرَ ، وكان ذلك بأمْرِ الحاكِمِ ، لَزِمَ اللَّقِيطَ ذلك إذا كانت النَّفَقَةُ قَصْدًا بالمَعْرُوفِ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشافِعِيُّ ، وأصْحابُ الرأي . وإن

٥/٢٠٥ ظ

---

(١) في م : « الإنفاق » .

(٢ – ٢) في م : « وجميع » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٥٠ .

(٤) سورة المائدة ٢ .

أنْفَقَ بغير أمْرِ الحاكِمِ ، مُحْتَسِبًا بالرُّجوعِ[5] عليه ، فقال أحمدُ : تُؤَدَّى النَّفَقةُ من بَيْتِ المالِ . وقال شُرَيْحٌ ، والنَّخَعِيُّ : يَرْجِعُ عليه بالنَّفَقةِ إذا أشْهَدَ عليه . وقال عمرُ ابن عبد العزيزِ : يَحْلِفُ ما أنْفَقَ احْتِسابًا ، فإن حَلَفَ اسْتُسْعِىَ[6] . وقال الشَّعْبِىُّ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومحمدُ بن الحَسَنِ ، والشافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : هو مُتَبَرِّعٌ [7]لا يَرْجِعُ بشىءٍ ، كما لو تبرَّع[7] به . ولَنا ، أنَّه أدَّى ما وَجَبَ على غيرِه ، فكان له الرُّجُوعُ على مَنْ كان الوُجُوبُ عليه ، كالضَّامِنِ إذا قَضَى عن المَضْمُونِ عنه . وقد ذَكَرْنا حُكْمَ هذا الأصْلِ فى مَوْضِعِه .

فصل : فأمَّا إن وُجِدَ مع اللَّقِيطِ شىءٌ ، فهو له ، ويُنْفَقُ عليه منه . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرأى ؛ وذلك لأنَّ الطِّفْلَ يَمْلِكُ ، وله يَدٌ صَحِيحَةٌ ، بِدَلِيلِ أنَّه يَرِثُ ويُورَثُ ، ويَصِحُّ أن يَشْتَرِىَ له وَلِيُّه ويَبِيعَ ، ومن له مِلْكٌ صَحِيحٌ ، فله يَدٌ صَحِيحَةٌ ، كالبالِغِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فكلُّ ما كان مُتَّصِلًا به ، أو مُتَعَلِّقًا بمَنْفَعَتِه ، فهو تحت يَدِه ، ويَثْبُتُ بذلك مِلْكًا له فى الظاهِرِ ، فمن ذلك ما كان لابِسًا له ، أو مَشْدُودًا فى مَلْبُوسِه ، أو فى يَدَيْهِ ، أو مَجْعُولًا فيه ، كالسَّرِيرِ والسَّفَطِ[8] ، وما فيه من فَرْشٍ أو دَرَاهِمَ ، والثِّيابُ التى تَحْتَه [9]والتى عليه[9] . وإن كان مَشْدُودًا على دَابَّةٍ ، أو كانت مَشْدُودَةً فى ثِيَابِه ، أو كان فى خَيْمةٍ ، أو فى دارٍ ، فهى له . وأمَّا المُنْفَصِلُ عنه ، فإن كان بَعِيدًا منه ، فليس فى يَدِه ، وإن كان قَرِيبًا منه ، كثَوْبٍ مَوْضُوعٍ إلى جَانِبِه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، ليس هو له ؛ لأنَّه مُنْفَصِلٌ عنه ، فهو كالبَعِيدِ . والثانى ، هو له . وهو أصَحُّ ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّه تُرِكَ له ، فهو له[10] ، بمَنْزِلةِ ما هو تحته ، ولأنَّ القَرِيبَ

---

(5) فى م : « الرجوع » .

(6) أى اللقيط .

(7 – 7) سقط من : م .

(8) السفط : وعاء يوضع فيه الطيب ونحوه من أدوات النساء .

(9 – 9) فى الأصل : « والشىء الذى عليه » .

(10) سقط من : الأصل .

من البالغِ يكونُ/ في يَدِه ، ألا تَرى أن الرَّجُلَ يَقْعُدُ في السُّوقِ ومَتاعُه بقُرْبِه ، ويُحْكَمُ بأنَّه في يَدِه ، والحَمَّالُ إذا جَلَس للاسْتِرَاحةِ ، تَرَكَ حِمْلَه قَرِيبًا منه . فأمَّا المَدْفُونُ تَحْتَه ، فقال ابنُ عقيلٍ : إن كان الحَفْرُ طَرِيًّا ، فهو له ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّه إذا كان طَرِيًّا فواضِعُ اللَّقِيطِ حَفَرَه ، وإذا لم يكُنْ طَرِيًّا ، كان مَدْفُونًا قبل وَضْعِه ، وقيل : ليس هو له بحالٍ ؛ لأنَّه بمَوْضِعٍ لا يَسْتَحِقُّه إذا لم يكُنْ الحَفْرُ طَرِيًّا ، فلم يكُنْ له إذا كان الحَفْرُ[11] طَرِيًّا ، كالبَعِيدِ منه ، ولأنَّ الظاهِرَ أنَّه لو كان له ، لَشَدَّهُ واضِعُه في ثِيَابِه[12] ، لِيُعْلَمَ به ، و لم يَتْرُكْه في مكانٍ لا يُطَّلَعُ عليه ، وكلُّ ما حَكَمْنا بأنَّه ليس له[13] فحُكْمُه حُكْمُ اللُّقَطَةِ ، وما هو له أُنْفِقَ عليه منه ، فإن كان فيه كِفَايَتُه ، لم تَجِبْ نَفَقَتُه على أحدٍ ؛ لأنَّه ذو مالٍ ، فأشْبَهَ غيرَه من الناسِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ لِمُلْتَقِطِه الإنْفَاقَ عليه منه[11] بغيرِ إذْنِ الحاكِمِ . ذَكَرَه أبو عبد الله ابن حامِدٍ ؛ لأنَّه وَلِيٌّ له ، فلم يُعْتَبَرْ في[14] الإنْفَاقِ عليه في حَقِّه إذْنُ الحاكِمِ ، كوَصِيِّ اليَتِيمِ ، ولأنَّ هذا من الأمْرِ بالمَعْرُوفِ ، فاسْتَوَى فيه الإمامُ وغيرُه ، كتَبْدِيدِ الخَمْرِ . ورَوَى أبو الحارِثِ ، عن أحمدَ ، في رَجُلٍ أوْدَعَ رَجُلًا مالًا ، وغابَ ، وطالَتْ غَيْبَتُه ، وله وَلَدٌ ولا نَفَقَةَ له ، هل يُنْفِقُ عليهم هذا المُسْتَوْدَعُ من مالِ الغائِبِ ؟ فقال : تَقُومُ امْرأتُه[15] إلى الحاكِمِ ، حتى يَأْمُرَه بالإنْفاقِ عليهم . فلم يَجْعَلْ له الإنْفَاقَ عليهم[16] من غيرِ إذْنِ الحاكِمِ . فقال بعضُ أصْحابِنَا : هذا مثلُه . والصَّحِيحُ أنَّ هذا مُخَالِفٌ له من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ المُلْتَقِطَ له وِلَايَةٌ على اللَّقِيطِ ، وعلى مالِه ؛ فإنَّ له وِلَايَةَ أخْذِهِ وحِفْظِه . والثاني ،

٥/٢٠٦ و

---

(١١) سقط من : م .

(١٢) في الأصل : « ساقه » .

(١٣) في م زيادة : « واضعه » .

(١٤) في النسخ : « فيه » .

(١٥) في م : « امرأة » .

(١٦) سقط من : الأصل .

أنَّه يُنْفِقُ على اللَّقِيطِ من مالِه ، وهذا بخِلَافِه ، ولأنَّ الإنْفاقَ على الصَّبِيِّ من مالِ أبِيه مَشْرُوطٌ بكَوْنِ الصَّبِيِّ مُحْتاجًا إلى ذلك ، لِعَدَمِ مالِه ، وعَدَمِ نَفَقَةٍ تَرَكَها أبُوه بِرَسْمِه ، وذلك لا يُقْبَلُ فيه قولُ المُودَعِ ، فاحْتِيجَ إلى إثْباتِ ذلك عندَ الحاكِمِ ، ولا كذلك فى مَسْألَتِنا ، فلا يَلْزَمُ من وُجُوبِ اسْتِئْذَانِ الحاكِمِ ثَمَّ وُجُوبُه فى اللَّقِيطِ . ومتى لم يَجِدْ حاكِمًا ، فله الإنْفاقُ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه حالُ ضَرُورَةٍ . وقال الشافِعِيُّ : ليس له أن يُنْفِقَ بغيرِ إذْنِ الحاكِمِ فى مَوْضِعٍ يَجِدُ حاكِمًا ، وإن أنْفَقَ ضَمِنَ ، بمَنْزِلَةِ ما لو كان لأبِى الصَّغِيرِ وَدَائِعُ[17] عند إنْسانٍ ، فأنْفَقَ عليه منه ؛ وذلك لأنَّه لا وِلَايةَ له على مالِه ، وإنَّما له حَقُّ الحَضَانةِ . وإن لم يَجِدْ حاكِمًا ، ففى جَوَازِ / الإنْفاقِ وَجْهانِ ؛ ولَنا ، ما ذَكَرْناه ابْتِداءً ، ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا وِلَايةَ له على مالِه ، فإنَّا قد بَيَّنَّا أنَّ له أخْذَه وحِفْظَه ، وهو أوْلَى الناسِ به ، وذَكَرْنا الفَرْقَ بين اللَّقِيطِ وبين ما قاسُوا عليه . فإذا ثَبَتَ هذا ، فالمُسْتَحَبُّ أن يَسْتَأْذِنَ الحاكِمَ فى مَوْضِعٍ يَجِدُ حاكِمًا ؛ لأنَّه أبعدُ من التُّهْمةِ ، وأقْطَعُ لِلظِّنَّةِ ، وفيه خُرُوجٌ به من الخِلَافِ ، وحِفْظٌ لمالِه من أن يَرْجِعَ عليه بما أنْفَقَ . فإذا ثَبَتَ هذا ، فيَنْبَغِى أن يُنْفِقَ عليه بالمَعْرُوفِ ، كما ذَكَرْنا فى وَلِىِّ اليَتِيمِ ، فإذا بَلَغَ اللَّقِيطُ ، واخْتَلَفا فى قَدْرِ ما أنْفَقَ ، وفى التَّفْرِيطِ فى الإنْفاقِ ، فالقولُ قولُ المُنْفِقِ ؛ لأنَّه أمِينٌ ، فكان القولُ قولَه فى ذلك ، كوَلِىِّ اليَتِيمِ .

٢٠٦/٥ ظ

٩٥٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَوَلَاؤُهُ لِسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ)

يعنى مِيرَاثَه لهم ، فإنَّ اللَّقِيطَ حُرُّ الأصْلِ ، ولا وَلَاءَ عليه ، وإنَّما يَرِثُه المسلمون ؛ لأنَّهم خُوِّلُوا كلَّ مالٍ لا مالِكَ له ، ولأنَّهم[1] يَرِثُونَ مالَ مَنْ لا وَارِثَ له غيرَ اللَّقِيطِ ، فكذلك اللَّقِيطُ . وقولُ الخِرَقِىِّ : « وَوَلَاؤُه لسائِرِ المُسْلِمِينَ » . تَجَوُّزٌ فى اللَّفْظِ ، لِاشْتِرَاكِ سائِرِ المسلمين ومَنْ له الوَلَاءُ فى أخْذِ المِيرَاثِ ، وحِيَازَتِه كلَّه عندَ عَدَمِ

---

(١٧) فى الأصل : « وديعة » .

(١) فى م : « ولأنه » .

الوارثِ . هذا هو الظاهِرُ . وهو قولُ مالِكٍ ، والشافِعِيِّ ، وأكْثَرِ أهلِ العِلْمِ . وقال شُرَيْحٌ ، وإسحاقُ : عليه الوَلَاءُ لِمُلْتَقِطِه ؛ لما رَوَى واثِلَةُ بن الأَسْقَعِ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « المَرْأَةُ تَحُوزُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛ عَتِيقَها ، ولَقِيطَهَا ، ووَلَدَهَا الَّذِى لَا عَنَتْ عَلَيْهِ » . أخْرَجَهُ أبو دَاوُدَ ، والتِّرْمِذِىُّ[2] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وقال عمرُ لأبى جَمِيلةَ فى لُقَطِتَه : هو حُرٌّ ، ولك وَلَاؤُه ، وعلينا نَفَقَتُه[3] . ولنا : قولُ النبىِّ ﷺ : « إنَّما الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »[4] . ولأنَّه لم يَثْبُتْ عليه رِقٌّ ، ولا على آبائِه ،

---

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب ميراث ابن الملاعنة ، من كتاب الفرائض . سنن أبى داود ٢/ ١١٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء ما يرث النساء ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٦٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب المرأة تحوز ثلاث مواريث ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢/ ٩١٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٩٠ ، ٤/ ١٠٧ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٠ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب ذكر البيع والشراء على المنبر فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب الصدقة على موالى أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب إذا اشترط شروطا فى البيع لا تحل ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إذا قال المكاتب اشترى ... ، من كتاب المكاتب ، وفى : باب الشروط فى البيع ، وباب ما يجوز من شروط المكاتب ... ، وباب الشروط فى الولاء ، وباب المكاتب وما لا يحل من الشروط ... ، من كتاب الشروط ، وفى : باب الحرة تحت العبد ، من كتاب النكاح ، وفى : باب لا يكون بيع الأمة طلاقا ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفى : باب إذا أعتق فى الكفارة لمن يكون ولاؤه ، من كتاب الكفارات ، وفى : باب الولاء لمن أعتق وميراث اللقيط ، وباب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ١/ ١٢٣ ، ٢/ ١٥٨ ، ٣/ ٩٦ ، ٢٠٠ ، ٢٤٨ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٥٩ ، ٧/ ١١ ، ٦١ ، ١٠٠ ، ٨/ ١٨٢ ، ١٩١ ، ١٩٢ ، ١٩٣ . ومسلم ، فى : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢/ ١١٤١ ، ١١٤٣ ، ١١٤٤ ، ١١٤٥ . وأبو داود ، فى : باب فى الولاء ، من كتاب الفرائض ، وفى : باب فى بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة ، من كتاب العتاق . سنن أبى داود ٢/ ١١٤ ، ٣٤٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٨/ ٢٨١ . والنسائى ، فى : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب خيار الأمة ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، وباب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... ، وباب بيع المكاتب ، وباب المكاتب يباع قبل أن يقبض ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/ ٨١ ، ٦/ ١٣٢ ، ١٣٣ ، ١٣٤ ، ١٣٥ ، ٧/ ٢٦٤ ، ٢٦٨ ، ٢٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ١/ ٦٧١ ، ٢/ ٨٤٢ ، ٨٤٣ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/ ١٦٩ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الخيار ، من كتاب =

فلم يَثْبُتْ عليه وَلَاءٌ ، كالمَعْرُوفِ نَسَبُه ، ولأنَّه إن كان ابنَ حُرَّيْنِ ، فلا وَلَاءَ عليه ، وإن كان ابنَ مُعتَقَيْنِ ، فلا يكونُ عليه وَلَاءٌ لغيرِ مُعْتِقِهما . وحَدِيثُ واثِلَةَ لا يثْبُتُ . قالَه ابنُ المُنْذِرِ . وخَبَرُ عمرَ ، قال ابنُ المُنْذِرِ : أبو جَمِيلةَ رَجُلٌ مَجهُولٌ ، لا تَقُومُ بحَدِيثِه حُجَّةٌ . ويَحْتَمِلُ أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، عَنَى بقولِه : ولك وَلَاؤُه . أى لك وِلَايَتُه ، والقِيَامُ به وحِفْظُه . لذلك ذَكَرَه عَقِيبَ قولِ عَرِيفِه : إنَّه رَجُلٌ صالِحٌ . وهذا يَقتَضِى تَفوِيضَ الوِلَايةِ إليه ، لكَوْنِه مَأْمُونًا عليه دون المِيرَاثِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ حُكْمَ اللَّقِيطِ فى المِيرَاثِ حُكْمُ من عُرِفَ نَسَبُه ، وانْقَرَضَ أَهْلُه / ، يُدْفَعُ إلى بَيْتِ المالِ إذا لم يكُنْ له وارثٌ . فإن كان له زَوْجَةٌ فلها الرُّبْعُ ، والباقِى لِبَيْتِ المالِ . وإن كانت امْرَأَةً لها زَوْجٌ ، فله النِّصْفُ ، والباقِى لِبَيْتِ المالِ . وإن كانت له بِنْتٌ ، أو ذُو رَحِمٍ ، كبِنْتِ بِنْتٍ ، أَخَذَتْ جَمِيعَ المالِ ؛ لأنَّ الرَّدَّ وذا الرَّحِمِ مُقَدَّمٌ[5] على بَيْتِ المالِ . واللهُ أعلمُ .

٢٠٧/٥ و

٩٥٣ – مسألة ؛ قال : (وإنْ لَمْ يَكُنْ مَنْ وَجَدَ اللَّقِيطَ أَمِينًا ، مُنِعَ مِنَ السَّفَرِ بِهِ)

وجملةُ ذلك أنَّ المُلْتَقِطَ إن كان أمِينًا أُقِرَّ اللَّقِيطُ فى يَدِه ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أَقَرَّ اللَّقِيطَ فى يَدِ أبى جَمِيلةَ ، حين قال له[1] عَرِيفُه : إنه رَجُلٌ صالِحٌ[2] . ولأنَّه سَبَقَ إليه ، فكان أَوْلَى به ؛ لقَوْلِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »[3] . وهل يَجِبُ الإشْهادُ عليه ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يَجِبُ ، [4]كما لا يَجِبُ[4] الإشْهادُ فى اللُّقَطَةِ . والثانى ، يَجِبُ ؛ لأنَّ القَصْدَ بالإشْهادِ حِفْظُ النَّسَبِ والحُرِّيَّةِ ، فاخْتُصَّ بوُجُوبِ الشَّهادَةِ ، كالنِّكَاحِ ، وفارَقَ اللُّقَطَةَ ؛ فإنَّ المَقْصُودَ منها حِفْظُ المالِ ، فلم يَجِب الإشْهادُ فيها ، كالبَيْعِ . فأمَّا إن كان غيرَ أمِينٍ ، فظاهِرُ كَلَامِ

= الطلاق ، وفى : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٢/٥٦٢ ، ٧٨٠ ، ٧٨١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٨١ ، ٣٢١ ، ٢/٢٨/١٠٠ ، ١١٣ ، ١٤٤ ، ١٥٣ ، ١٥٦ ، ٦/٣٣ ، ٤٢ ، ٤٦ ، ٨٢ ، ١٠٣ ، ١٢١ ، ١٣٥ ، ١٧٢ ، ١٧٥ ، ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨٦ ، ١٩٠ ، ٢١٣ ، ٢٧٢ .

(٥) فى الأصل : « أقرب فتقدم » .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٠ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٢ .

(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

الخِرَقِىّ أنّه يُقَرُّ فى يَدَيْهِ ، ويُمْنَعُ من السَّفَرِ به ، لئلَّا يَدَّعِىَ رِقَّه ويَبِيعَه . ويَنْبَغِى أن يَجِبَ الإِشْهادُ عليه ، ويُضَمَّ إليه مَن يُشْرِفُ عليه ؛ لأنَّنا إذا ضَمَمْنا إليه فى اللُّقَطَةِ مَنْ يُشْرِفُ عليه ، فهٰهُنا أَوْلَى . وقال القاضى : المذهبُ أنّه يُنْزَعُ من يَدَيْهِ . وهذا قولُ الشافِعِىّ ؛ لأنّه ليس فى حِفْظِ اللَّقِيطِ إلَّا الوِلَايةُ ، ولا وِلَايةَ لِفاسِقٍ . وفارَقَ اللُّقَطةَ من أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، أنَّ فى اللُّقَطَةِ مَعْنَى الكَسْبِ ، وليس هٰهُنا إلَّا الوِلَايةُ . والثانى ، أنَّ اللُّقَطةَ لو انْتَزَعْناهَا منه رَدَدْناهَا إليه بعدَ الحَوْلِ ، فاحْتَطْنَا عليها مع بَقَائِها فى يَدَيْه ، وهٰهُنا لا تُرَدُّ إليه بعدَ الانْتِزاعِ منه بحالٍ ، فكان الانْتِزاعُ أَحْوَطَ . والثالث ، أنَّ المَقْصُودَ ثَمَّ حِفْظُ المالِ ، ويُمْكِنُ[٥] الاحْتِياطُ عليه بأن يَسْتَظْهِرَ عليه فى التَّعْرِيفِ ، أو ينصِبَ الحاكِمُ مَنْ يُعَرِّفُها ، وهٰهُنا المَقْصُودُ حِفْظُ الحُرِّيَّةِ والنَّسَبِ ، ولا سَبِيلَ إلى الاسْتِظْهارِ عليه ؛ لأنّه قد يَدَّعِى رِقَّه فى بعضِ البُلْدانِ ، أو فى بعضِ الزَّمانِ ، ولأنَّ اللُّقَطَةَ إنّما يُحْتَاجُ إلى حِفْظِها والاحْتِيَاطِ عليها عامًا واحدًا ، وهذا يُحْتَاجُ إلى الاحْتِياطِ عليه فى جَمِيعِ زَمَانِه . وأمَّا على ظاهِرِ قولِ الخِرَقِىّ ، فلا يُنْزَعُ[٦] منه ؛ لأنّه قد ثَبَتَتْ له الوِلَايةُ بالْتِقَاطِه / إيّاه ، وسَبْقِه إليه ، وأَمْكَنَ حِفْظُ اللَّقِيطِ فى يَدَيْه بالإِشْهادِ عليه ، وضَمِّ أَمِينٍ يُشَارِفُه إليه ، ويُشِيعُ أَمْرَه ، فيُعْرَفُ أنّه لَقِيطٌ ، فيُحْفَظُ[٧] بذلك من غير زَوَالِ وِلَايَتِه . جَمْعًا بين الحَقَّيْنِ ، كما فى اللُّقَطَةِ ، وكما لو كان الوَصِىُّ خائنًا . وما ذُكِرَ من التَّرجِيحِ لِلُّقَطَةِ ، فيُمْكِنُ[٨] مُعارَضَتُه ، بأنَّ اللَّقِيطَ ظاهِرٌ مَكْشُوفٌ لا تَخْفَى الخِيَانَةُ فيه ، واللُّقَطَةُ مَسْتُورَةٌ خَفِيَّةٌ تَتَطَرَّقُ إليها الخِيَانَةُ ، ولا يُعلَمُ بها ، ولأنَّ اللُّقَطةَ يُمكِنُ أَخْذُ بعضِها وتَنْقِيصُها وإِبْدالُها ، ولا يُتَمَكَّنُ من ذلك فى اللَّقِيطِ . ولأنَّ المالَ مَحلُّ

٢٠٧/٥ ظ

(٥) فى الأصل : « ولكن » .

(٦) فى الأصل : « ينتزع » .

(٧) فى الأصل : « فينحفظ » .

(٨) فى الأصل زيادة : « من » .

الخِيَانَةِ ، والنُّفُوسُ إلى تَنَاوُلِه وأخْذِه داعِيَةٌ ، بخِلَافِ اللَّقِيطِ . فعلى هذا ، متى أرادَ المُلْتَقِطُ السَّفَرَ باللَّقِيطِ مُنِعَ منه ؛ لأنَّه يُبْعِدُه ممَّن عَرَفَ حالَه ، فلا يُؤْمَنُ أن يَدَّعِيَ رِقَّهُ ويَبِيعَه .

فصل : وإذا الْتَقَطَ اللَّقِيطَ مَنْ هو مَسْتُورُ الحالِ ، لم تُعْرَفْ منه حَقِيقَةُ العَدَالِةِ ولا الخِيَانةِ ، أُقِرَّ اللَّقِيطُ فى يَدَيْهِ ؛ لأنَّ حُكْمَه حُكْمُ العَدْلِ فى لُقَطَةِ المالِ والوِلَايةِ فى النِّكَاحِ والشَّهَادَةِ فيه ، وفى أكْثَرِ الأحْكامِ ، ولأنَّ الأَصْلَ فى المُسْلِمِ العَدَالَةُ ؛ ولذلك قال عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : المُسْلِمونَ عُدُولٌ بعضُهم على بعضٍ . فإن أرادَ السَّفَرَ بِلُقَطَتِه ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يُقَرُّ فى يَدَيْهِ . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه لم يَتَحقَّقْ أمَانَتَه ، فلم تُؤْمَن الخِيَانَةُ منه . والثانى ، يُقَرُّ فى يَدَيْه ؛ لأنَّه يُقَرُّ فى يَدَيْهِ فى الحَضَرِ من غير مُشْرِفٍ يُضَمُّ إليه ، فأشْبَه العَدْلَ ، ولأنَّ الظاهِرَ السَّتْرُ والصِّيَانَةُ . فأمَّا مَنْ عُرِفَتْ عَدَالَتُه ، وظَهَرَتْ أمانَتُه ، فيُقَرُّ اللَّقِيطُ فى يَدِه فى سَفَرِه وحَضَرِه ؛ لأنَّه مَأْمُونٌ عليه إذا كان سَفَرُه لغير النُّقْلَةِ .

فصل : فإن كان سَفَر الأمِينِ باللَّقِيطِ إلى مكانٍ يُقِيمُ به ، نَظَرْنا ؛ فإن كان الْتَقَطَه من الحَضَرِ ، فأرادَ النُّقْلَةَ[9] به إلى البادِيَةِ ، لم يُقَرَّ فى يَدِه ، لِوَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ مُقَامَه فى الحَضَرِ أصْلَحُ له فى دِينِه ودُنْيَاه ، وأرْفَهُ له . والثانى ، أنَّه إذا وُجِدَ فى الحَضَرِ ، فالظاهِرُ أنَّه وُلِدَ فيه ، فبقاؤُه فيه أرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِه وظُهُورِ أهْلِه ، واعْتِرافِهِم به . وإن أرادَ النُّقْلَةَ به إلى بَلَدٍ آخَرَ من الحَضَرِ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يُقَرُّ فى يَدِه ؛ لأنَّ بَقَاءَه فى بَلَدِه أرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِه ، فلم يُقَرَّ فى يَدِ المُنْتَقِلِ عنه ، قِياسًا على المُنْتَقِلِ به إلى البادِيَةِ . والثانى ، يُقَرُّ فى يَدِه ؛ لأنَّ وِلَايَتَه ثابِتَةٌ ، والبَلَدُ الثانى كالأوَّلِ فى الرَّفاهِيَةِ ، فيُقَرُّ فى يَدِه ، كما لو انْتَقَلَ من أحَدِ جانِبَىِ البَلَدِ / إلى الجانِبِ الآخَرِ ، وفارَقَ المُنْتَقِلَ به إلى البادِيَةِ ؛ لأنَّه يَضُرُّ به بتَفْوِيتِ الرَّفاهِيَةِ عليه . وإن الْتَقَطَه من البادِيَةِ فله نَقْلُه إلى

٢٠٨/٥ و

(٩) فى م : « النقل » .

الحَضَرِ ؛ لأنَّه يَنْقُلُه من أرْضِ البُؤْسِ والشَّقَاءِ إلى الرَّفاهِيَةِ والدَّعَةِ والدِّينِ . وإن أقامَ به فى حِلَّةٍ يَسْتَوْطِنُها ، فله ذلك . وإن كان يَنْتَقِلُ به فى(١٠) المَوَاضِعِ ، احْتَمَلَ أن يُقَرَّ فى يَدَيْه ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّه ابنُ بَدَوِيَّيْنِ ، وإقْرارُه فى يَدَىْ مُلْتَقِطِه أرْجَى لِكَشْفِ نَسَبِه . ويَحْتَمِلُ أن يُؤْخَذَ منه ، فيُدْفَعَ إلى صاحِبِ قَرْيَةٍ ؛ لأنَّه أرْفَقُ له ، وأخَفُّ عليه . وكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : يُنْزَعُ من مُلْتَقِطِه . (١١فإنَّما يكون ذلك إذا وُجِدَ مَنْ يُدْفَعُ إليه ، ممَّن هو أوْلَى به . فإن لم يُوجَدْ مَنْ يَقُومُ به ، أُقِرَّ فى يَدَىْ مُلْتَقِطِه(١١) ؛ لأنَّ إقْرارَه فى (١٢يَدَيْه مع قُصُورِه ، أوْلَى(١٢) من إهْلاكِه . وإن لم يُوجَدْ إلَّا مثلُ مُلْتَقِطِه ، فمُلْتَقِطُه أوْلَى به ، إذْ لا فائِدَةَ فى نَزْعِه من يَدِه ، ودَفْعِه إلى مِثْلِه .

فصل : وليس لِلْعَبْدِ الْتِقاطُ الطِّفْلِ المَنْبُوذِ ، إذا وُجِدَ من يَلْتَقِطُه سِوَاه ؛ لأنَّ مَنافِعَه لِسَيِّدِه ؛ فلا يُذْهِبُها(١٣) فى غيرِ نَفْعِه إلَّا بإذْنِه ، ولأنَّه لا يَثْبُتُ على اللَّقِيطِ إلَّا الوِلَايةُ ، ولا وِلَايةَ لِعَبْدٍ . فإن الْتَقَطَه لم يُقَرَّ فى يَدَيْه ، إلَّا أن يَأْذَنَ له السَّيِّدُ ، فإن أُذِنَ له ، أُقِرَّ فى يَدَيْه ؛ لأنَّه اسْتَعانَ به فى ذلك ، فصار كما لو الْتَقَطَه بِيَدِه وسَلَّمَه إليه . قال ابنُ عقيلٍ : إن أَذِنَ له السَّيِّدُ لم يكُنْ له الرُّجُوعُ بعدَ ذلك ، وصار كما لو الْتَقَطَه . والحُكْمُ فى الأَمَةِ كالحُكْمِ فى المُكَاتَبِ . فأمَّا إن لم يَجِدْ أحَدًا يَلْتَقِطُه سِواهُ ، وَجَبَ الْتِقاطُه ؛ لأنَّه تَخْلِيصٌ له من الهَلَاكِ ، فأشْبَه تَخْلِيصَه من الغَرَقِ . والمُدَبَّرُ(١٤) ، وأُمُّ الوَلَدِ ، والمُعَلَّقُ عِتْقُه بِصِفَةٍ ، كالقِنِّ ، وكذلك المُكَاتَبُ ، لأنَّه ليس له التَّبَرُّعُ بمالِه ، ولا بمَنَافِعِه ، إلَّا أن يَأْذَنَ له سَيِّدُه فى ذلك .

فصل : وليس للكافِرِ(١٥) الْتِقاطُ مُسْلِمٍ ؛ لأنَّه لا وِلَايةَ لِكَافِرٍ على مُسْلِمٍ ، ولأنَّه

---

(١٠) فى م : « إلى » .

(١١ – ١١) سقط من : الأصل .

(١٢ – ١٢) فى الأصل : « بلدته مع حضوره خير » .

(١٣) فى الأصل : « يدفعها » .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) فى م : « لكافر » .

لا يُؤْمَنُ أن يَفْتِنَه ويُعَلِّمَه الكُفْرَ ، بل الظاهِرُ أنه يُرَبِّيه على دِينِه ، ويَنْشأُ على ذلك ، كوَلَدِه . فإن الْتَقَطَه لم يُقَرَّ فى يَدِه . وإن كان الطِّفْلُ مَحْكُومًا بكُفْرِه ، فله الْتِقاطُه ؛ لأنَّ الذين كَفَرُوا بعضُهم أَوْلِيَاءُ بعضٍ .

فصل : وإن الْتَقَطَه اثْنانِ ، وتَنَاوَلَاه تَنَاوُلًا واحِدًا ، لم يَخْلُ من ثلاثةِ[16] أقسامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ ممَّن يُقَرُّ فى يَدَيْه ، كالمُسْلِمِ العَدْلِ الحُرِّ ، والآخر ممَّن لا يُقَرُّ فى يَدَيْه ، كالكافِرِ إذا كان اللَّقِيطُ مُسْلِمًا ، والفاسِقِ ، والعَبْدِ إذا لم يَأْذَنْ له / سَيِّدُه ، والمُكَاتَبِ ، فإنَّه يُسَلَّمُ إلى من يُقَرُّ فى يَدِه ، وتكونُ مُشارَكَةُ هؤلاء له[17] كعَدَمِها ؛ لأنَّه لو الْتَقَطَه وحدَه لم يُقَرَّ فى يَدِه ، فإذا شارَكه مَنْ هو من أهْلِ الالْتِقاطِ أَوْلَى[18] . الثانى ، أن يكونا جَمِيعًا ممَّن لا يُقَرُّ فى يَدَىْ واحِدٍ منهما ، فإنَّه يُنْزَعُ منهما ، ويُسَلَّمُ إلى غيرِهما . الثالث ، أن يكونَ كلُّ واحِدٍ منهما ممَّن يُقَرُّ فى يَدِه لو انْفَرَدَ ، إلَّا أنَّ أحَدَهُما أحَظُّ للَّقِيطِ من الآخَرِ ، مثل أن يكونَ أحَدُهُما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا ، فالمُوسِرُ أحَقُّ ؛ لأن ذلك أحَظُّ للطِّفْلِ ، وإن الْتَقَطَ مُسْلِمٌ وكافِرٌ طِفْلًا مَحْكُومًا بكُفْرِه ، فالمُسْلِمُ أحَقُّ . وقال أصْحابُنا ، وأصْحابُ الشّافِعِىِّ : هما سواءٌ ؛ لأنَّ لِلْكافِرِ وِلَايةً على الكافِرِ ، ويُقَرُّ فى يَدِه إذا انْفَرَدَ بالْتِقاطِه ، فساوَى المُسْلِمَ فى ذلك . ولَنا ، أن دَفْعَه إلى المُسْلِمِ أحَظُّ له ؛ لأنَّه يَصِيرُ مُسْلِمًا ، فيَسْعَدُ فى الدُّنْيا والآخِرَةِ ، ويَنْجُو من النَّارِ ، ويَتَخَلَّصُ من الجِزْيةِ والصَّغارِ ، فالتَّرْجِيحُ بهذا أَوْلَى من التَّرْجِيحِ باليَسارِ الذى إنَّما يَتَعَلَّقُ به تَوْسِعَةٌ عليه فى الإنْفاقِ ، وقد يكونُ المُوسِرُ بَخِيلًا ، فلا تَحْصُلُ التَّوْسِعَةُ . فإن تَعارَضَ التَّرْجِيحانِ ، فكان المُسْلِمُ فَقِيرًا والكافِرُ مُوسِرًا ، فالمُسْلِمُ أَوْلَى ؛ لأنَّ النَّفْعَ الحاصِلَ له بإسْلامِه أعْظَمُ من النَّفْعِ الحاصِلِ بيَسارِه مع كُفْرِه . وعلى قِيَاسِ قولِهم فى تَقْدِيمِ المُوسِرِ ، يَنْبَغِى أن يُقَدَّمَ الجَوَادُ على البَخِيلِ ؛

٥/٢٠٨ ظ

(١٦) سيذكر المؤلف خلال الفصل أربعة أقسام .

(١٧) سقط من : م .

(١٨) فى الأصل زيادة : « به » .

لأنَّ حَظَّ الطِّفْلِ عنده أكْثَرُ من الجِهَةِ التى يَحْصُلُ له الحَظُّ فيها باليَسَارِ ، ورُبَّما تَخَلَّقَ بأَخْلَاقِه ، وتَعَلَّمَ من جُودِه . الرابع ، أن يَتَسَاوَيا فى كونِهما مُسْلِمَيْنِ عَدْلَيْنِ حُرَّيْنِ مُقِيمَيْنِ ، فهما سواءٌ فيه ، فإن رَضِىَ أَحَدُهما بإسْقاطِ حَقِّه ، وتَسْلِيمِه إلى صاحِبه ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فلا يُمْنَعُ من الإيثارِ به . وإن تَشاحَّا ، أُقْرِعَ بينهما ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾[19] . ولأنَّه لا يُمْكِنُ كونُه عندَهما ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يكونَ عِنْدَهُما فى حالةٍ واحِدَةٍ . وإن تَهَايَآه ، فجُعِلَ عند كلِ واحِدٍ يَوْمًا أو أكْثَرَ من ذلك ، أضَرَّ بالطِّفْلِ ؛ لأنَّه تَخْتَلِفُ عليه الأَغْذِيَةُ والأُنْسُ والإلْفُ ، ولا يُمْكِنُ دَفْعُه إلى أحَدِهما دون الآخر بغيرِ قُرْعَةٍ ؛ لأنَّ حَقَّهُما مُتَساوٍ ، فتَعْيِينُ أحَدِهما بالتَّحَكُّمِ لا يجوزُ ، فتَعَيَّنَ الإقْراعُ بينهما ، كما يُقْرَعُ بين الشُّرَكاءِ فى تَعْيِينِ السِّهَامِ فى القِسْمَةِ ، وبين النِّسَاءِ فى البِدَايةِ بالقِسْمَةِ ، وبين العَبِيدِ فى الإعْتاقِ / . والرَّجُلُ والمَرْأَةُ سواءٌ ، ولا تُرَجَّحُ المَرْأَةُ هـٰهُنا ، كما تُرَجَّحُ فى حَضَانةِ وَلَدِها على أبيه ؛ لأنَّها رُجِّحَتْ لِشَفَقَتِها على وَلَدِها ، وتَوَلِّيها لِحَضَانَتِه بنَفْسِها ، والأبُ يَحْضُنُه بأَجْنَبِيّةٍ ، فكانت [20]الأُمُّ أَوْلَى وأحَظَّ[20] له وأَرْفَقَ به ، أمَّا هـٰهُنا ، فإنَّها أجْنَبِيّةٌ من اللَّقِيطِ ، والرَّجُلُ يَحْضُنُه بأَجْنَبِيّةٍ فاسْتَوَيا . ومذهبُ الشافِعِىِّ فى هذا الفَصْلِ جَمِيعِه على ما ذَكَرْناه . فإن كان أَحَدُهُما مَسْتُورَ الحالِ ، والآخَرُ ظاهِرَ العَدَالةِ ، احْتَمَلَ أن يُرَجَّحَ العَدْلُ ؛ لأنَّ المانِعَ من الالْتِقاطِ مُنْتَفٍ فى حَقِّه بغير شَكٍّ ، والأَمْرُ مَشْكُوكٌ فيه ، فيكونُ الحَظُّ لِلطِّفْلِ فى تَسْلِيمِه إليه أتَمَّ . ويَحْتَمِلُ أن يَتَساوَيا ؛ لأنَّ احْتِمالَ وُجُودِ المانِعِ لا يُؤَثِّرُ فى المَنْعِ ، فلا يُؤَثِّرُ التَّرْجِيحُ .

٢٠٩/٥ و

فصل : وإن رَأَيَاهُ جَمِيعًا ، فسَبَقَ أَحَدُهُما فأَخَذَه ، أو وَضَعَ يَدَهُ عليه ، فهو أحَقُّ به ؛ لقولِه عليه السلامُ : « مَنْ سَبَقَ إِلَى ما لَم يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ ، فَهُوَ [21]أَحَقُّ بِهِ[21] » . وإن رَآه أَحَدُهُما قبل صاحِبِه ، فسَبَقَ إلى أَخْذِه الآخَرُ ، فالسَّابِقُ إلى أَخْذِه

(١٩) سورة آل عمران ٤٤ .

(٢٠ – ٢٠) فى م : « أمه أحظ » .

(٢١ – ٢١) فى الأصل : « له » . وتقدم تخريجه فى صفحة ١٥٢ .

أَحَقُّ ؛ لأنَّ الالْتِقاطَ هو الأخْذُ لا الرُّؤْيةُ . ولو قال أحدُهما[22] لِصَاحِبه : نَاوِلْنِيه . فأخذَه الآخَرُ ، نَظَرْنا [23]إلى نِيَّتِه[23] ، فإن نَوَى أخْذَه لِنَفْسِه فهو أحَقُّ ، كما لو لم يأْمُرْه الآخَرُ بمُنَاوَلَتِه إيَّاه ، وإن نَوَى مُنَاوَلَته فهو للآمِرِ ؛ لأنَّه فَعَلَ ذلك بِنِيَّةِ النِّيابةِ عنه ، فأشْبَهَ ما لو تَوَكَّلَ له فى تَحْصِيلِ مُبَاحٍ .

فصل : فإن اخْتَلَفَا ، فقال كلُّ واحدٍ منهما : أنا الْتَقَطْتُه . ولا بَيِّنَةَ لأحَدِهِما ، وكان فى يَدِ أحَدِهما ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه أنَّه الْتَقَطَه . ذَكَرَ ذلك أبو الخَطَّابِ . وهذا قولُ الشافِعِيِّ . وقال القاضى : قِياسُ المذهبِ أنَّه لا يَحْلِفُ ، كما فى الطَّلاقِ والنِّكاحِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ ، لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وأمْوَالَهُم ؛ ولٰكِنَّ اليَمِينَ على المُدَّعَى عَلَيْهِ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ[24] . فإن كان فى أيْدِيهما أُقْرِعَ بينهما ، فمن قَرَعَ صاحِبَه ، حَلَفَ وسُلِّمَ إليه . وعلى قولِ القاضِى : لا تُشْرَعُ اليَمِينُ هٰهُنا ، ويُسَلَّمُ إليه بمُجَرَّدِ وُقُوعِ القُرْعَةِ له . وإن لم يكُنْ فى يَدِ واحدٍ منهما ، فقال القاضى ، وأبو الخَطّابِ : يُسَلِّمُه الحاكِمُ إلى مَنْ يَرَى منهما أو مِن غيرِهما ؛ لأنَّه حَقٌّ لهما . والأَوْلَى أن يُقْرِعَ بينهما ، كما لو كان فى أيْدِيهما ؛ لأنَّهما تَنَازَعا حَقًّا فى يَدِ غيرِهما ، فأشْبَهَ ما لو تَنَازَعا وَدِيعَةً عندَ غيرِهما . فإن وَصَفَه أحَدُهما ، /مثل أن يقولَ : فى ظَهْرِه شامَةٌ ، أو بِجَسَدِه عَلَامةٌ . وذَكَرَ شَيْئًا فى جَسَدِه مَسْتُورًا ، فقال أبو الخَطَّابِ : يُقَدَّمُ بالصِّفَةِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال الشافِعِىُّ : لا يُقَدَّمُ بالصِّفَةِ ، كما لو وَصَفَ المُدَّعِى ، فإنَّه لا تُقَدَّمُ به[25] دَعْوَاه . ولَنا ، أنَّ هذا نَوْعٌ من اللُّقَطَةِ ، فقُدِّمَ بِوَصْفِها ، كلُقَطَةِ المالِ ، ولأنَّ ذلك يَدُلُّ على قُوَّةِ يَدِه ، فكان مُقَدَّمًا بها . وقِياسُ اللَّقِيطِ

٥/٢٠٩ ظ

---

(٢٢) سقط من : م .
(٢٣ - ٢٣) فى م : « لنيته » .
(٢٤) تقدم تخريجه فى : ٥٢٥/٦ .
(٢٥) فى م : « له » .

على اللُّقَطةِ أَوْلَى من قِيَاسِه على غيرِها ؛ لأنَّ اللَّقِيطَ لُقَطَةٌ أيضا . وإن كان لأحَدِهما بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ بها . وإن كان لكلِّ واحدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، قُدِّمَ أسْبَقُهُما تارِيخًا ؛ لأنَّ الثانِىَ إنما أخَذَ ممَّن قد ثَبَتَ الحَقُّ فيه لغيرِه . وإن اسْتَوَى تارِيخُهُما ، أو أُطْلِقَتا معًا ، أو أُرِّخَتْ إحْداهُما وأُطْلِقَتِ الأُخْرَى ، فقد تَعَارَضَتَا . وهل يَسْقُطانِ أو يُسْتَعْمَلانِ ؟ فيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، يَسْقُطانِ ، فيَصِيرَانِ كمن لا بَيِّنَةَ لهما . والثانى ، يُسْتَعْمَلانِ ، ويُقْرَعُ بينهما ، فمن قَرَعَ صاحِبَه كان أَوْلَى . وسَنَذْكُرُ ذلك فى بابه ، إن شاءَ اللهُ تعالى . وإن كان اللَّقِيطُ فى يَدِ أحَدِهما ، فهل تُقَدَّمُ بَيِّنَتُه على بَيِّنةِ الآخر ، أو تُقَدَّم بَيِّنة الخارِجِ ؟ فيه وَجْهانِ ، مَبْنِيّانِ على الرِّوَايَتَيْنِ فى دَعْوَى المالِ . وإن كان أحدُ المُتَداعِيَيْنِ ممَّن لا تُقَرُّ يَدُه على اللَّقِيطِ ، أُقِرَّ فى يَدِ الآخر ، ولم يُلْتَفَتْ إلى دَعْوَى من لا يُقَرُّ فى يَدِه بحالٍ .

٩٥٤ – مسألة ؛ قال : (وإن ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وكَافِرٌ ، أُرِىَ الْقَافَةَ ، فبِأَيِّهِما[(١)] أَلْحَقُوهُ لَحِقَ)

يعنى إذا ادُّعِىَ نَسَبُه ، فلا تَخْلُو دَعْوَى نَسَبِ اللَّقِيطِ من قِسْمَيْنِ ؛ أحدهما ، أن يَدَّعِيَه واحدٌ يَنْفَرِدُ بدَعْوَاه ، فيُنْظَرُ ؛ فإن كان المُدَّعِى رَجُلًا مُسْلِمًا حُرًّا ، لَحِقَ نَسَبُه به ، بغير خِلَافٍ بين أهْلِ العِلْمِ ، إذا أمكنَ أن يكونَ منه ؛ لأنَّ الإِقْرارَ مَحْضُ نَفْعٍ للطِّفْلِ لاتِّصَالِ نَسَبِه ، ولا مَضَرَّةَ على غيرِه فيه ، فقُبِلَ ، كما لو أقَرَّ له بمالٍ . ثم إن كان المُقِرُّ به مُلْتَقِطَه ، أُقِرَّ فى يَدِه . وإن كان غيرَه ، فله أن يَنْتزِعَه من المُلْتَقِطِ ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ أنَّه أبوه ، فيكونُ أحَقَّ بوَلَدِه ، كما لو قامَتْ به بَيِّنَةٌ . وإن كان المُدَّعِى له عَبْدًا ، لَحِقَ به أيضا ؛ لأنَّ لمائِه حُرْمَةً ، فلَحِقَ به نَسَبُه كالحُرِّ . وهذا قولُ الشافِعِىِّ ، وغيرِه ، غيرَ أنَّه لا تَثْبُتُ له حَضَانَةٌ ؛ لأنَّه مَشْغُولٌ بخِدْمةِ سَيِّدِه ، ولا تَجِبُ عليه نَفَقَتُه ؛ لأنَّه لا مالَ له ، ولا على سَيِّدِه ؛ لأنَّ الطِّفْلَ مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، فتكونُ نَفَقَتُه فى بَيْتِ المالِ . وإن كان المُدَّعِى ذِمِّيًّا ، لَحِقَ به ؛ / لأنَّه أقْوَى من العَبْدِ فى ثُبُوتِ الفِرَاشِ ، فإنَّه يَثْبُتُ ٥/٢١٠ و

---

(١) فى م : « فأيهما » .

له بالنِّكاحِ والوَطْءِ في المِلْكِ . وقال أبو ثَوْرٍ : لا يَلْحَقُ به ؛ لأنَّه مَحْكُومٌ بإسْلَامِه . ولَنا ، أنَّه أقَرَّ بِنَسَبِ مَجْهُولِ النَّسَبِ ، يُمْكِنُ أن يكونَ منه ، وليس فى إقْرارِه إضْرارٌ بغيرِه ، فيثْبُتُ إقْرارُه ، كالمُسْلِمِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يَلْحَقُ به فى[2] النَّسَبِ لا فى الدِّينِ ، ولا حَقَّ له فى حَضَانَتِه . وقال الشافِعِيُّ ، فى أحَدِ قَوْلَيْه : يَتْبَعُه فى دِينِه ؛ لأنَّ كلَّ [3]ما لَحِقَه فى نَسَبِه يَلْحَقُ به فى دِينِه[3] ، كالبَيِّنَةِ ، إلا أنه يُحالُ بَيْنَه وبَينَه ، ولَنا ، أنَّ هذا حُكِمَ بإسْلَامِه ، فلا يُقْبَلُ قولُ الذِّمِّيِّ فى كُفْرِه ، كما لو كان مَعْرُوفَ النَّسَبِ ؛ ولأنَّها دَعْوَى تُخالِفُ الظاهِرَ ، فلم تُقْبَلْ بمُجَرَّدِها ، كَدَعْوَى رِقِّه ، ولأنَّه لو تَبِعَه فى دِينِه لم يُقْبَلْ إقْرارُه بِنَسَبِه ؛ لأنَّه يكونُ إضْرارًا به ، فلم تُقْبَلْ ، كدَعْوَى الرِّقِّ . أمَّا مُجَرَّدُ[4] النَّسَبِ بدون اتِّباعِه فى الدِّينِ ، فمَصْلَحَةٌ عارِيَةٌ عن الضَّرَرِ ، فقُبِلَ قَوْلُه فيه . ولا يجوزُ قَبُولُه فيما هو أعْظَمُ ؛ الضَّرَرُ ، والخِزْىُ فى الدُّنْيا والآخِرَةِ . وإن كان المُدَّعِى امْرَأةً ، فاخْتَلَفَ[5] عن أحْمدَ ، رَحِمه الله ، فرُوِىَ أنَّ دَعْواها[6] تُقْبَلُ ، ويَلْحَقُها نَسَبُه ؛ لأنَّها أحَدُ الأبَوَيْنِ ، فيثْبُتُ[7] النَّسَبُ بِدَعْوَاها ، كالأبِ ، ولأنَّه يُمْكِنُ أن يكونَ منها ، كما [8]يُمْكِنُ أن[8] يكونَ وَلَدَ الرَّجُلِ ، بل أكْثَرُ ؛ لأنَّها تأْتِى به من زَوْجٍ ، ووَطْءٍ بِشُبْهةٍ ، ويَلْحَقُها وَلَدُها من الزِّنَى دون الرَّجُلِ ، ولأنَّ فى قِصَّةِ داودَ وسليمانَ ، عليهما السلامُ ، حين تَحاكَمَ إليهما امْرَأتانِ كان لهما ابْنانِ ، فذَهَبَ الذِّئْبُ بأحَدِهِما ، فادَّعَتْ كُلُّ واحدةٍ منهما أنَّ الباقِىَ ابْنُها ، وأن الذى أخَذَه الذِّئْبُ ابنُ الأُخْرَى ، فحَكَمَ به

---

(٢) فى م : « من » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « ما لحق به نسبه لحق به فى دينه » .

(٤) فى م : « بمجرد » .

(٥) أى النقل .

(٦) فى م : « دعوتها » .

(٧) فى م : « فثبت » .

(٨ - ٨) سقط من : م .

داوُدُ لِلْكُبْرَى ، وحَكَمَ به سليمانُ للأُخْرَى ، بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى منهما[9] . وهذا قولُ بعضِ أصْحابِ الشافِعِيِّ . فعلَى هذه الرِّوَايةِ ، يَلْحَقُ بها دون زَوجِها ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَلْحَقَه نَسَبُ وَلَدٍ لم يُقِرَّ به . وكذلك إذا ادَّعَى الرَّجُلُ نَسَبَه ، لم يَلْحَقْ بزَوْجَتِه . فإن قِيلَ : الرَّجُلُ يُمْكِنُ أن يكونَ له وَلَدٌ من امْرأةٍ أخرى ، أو من أمَتِه ، والمَرْأةُ لا يَحِلُّ لها نِكَاحُ غيرِ زَوْجِها ، ولا يَحِلُّ وَطْؤُها لغيرِه . قُلْنا : يُمْكِنُ أن تَلِدَ من وَطْءِ شُبْهةٍ أو غيرِه . وإن كان الوَلَدُ يَحْتَمِلُ أن يكونَ مَوْجُودًا قبلَ [10]أن يَتزَوَّجها هذا[10] الزَّوْجُ ، أمْكَنَ أن يكونَ من زَوْجٍ آخَرَ . فإن قيل : إنَّما قُبِلَ الإقْرارُ بالنَّسَبِ من الزَّوْجِ ، لما فيه من المَصْلَحةِ ، بِدَفْعِ العارِ عن الصَّبِيِّ ، وصِيَانَتِه عن النِّسْبَةِ إلى / كونِه وَلَدَ زِنًى ، ولا يَحْصُلُ هذا بإلْحاقِ نَسَبِه بالمَرْأةِ ، بل في[11] إلْحاقِه[12] بها دُونَ زَوْجِها تَطَرُّقُ العارِ[13] إليه وإليها . قُلْنا : بل قَبِلْنا دَعْوَاه ؛ لأنَّه يَدَّعِي حَقًّا لا مُنازِعَ له فيه ، ولا مَضَرَّةَ على أحدٍ فيه ، فَقُبِلَ قولُه فيه ، كدَعْوَى المالِ ، وهذا مُتَحَقِّقٌ في دَعْوَى المَرْأةِ . والرِّوَاية الثانية ، أنَّها إن كان لها زَوْجٌ ، لم يَثْبُت النَّسَبُ بدَعْوَاها ، لإفْضائِه إلى إلْحاقِ النَّسَبِ بزَوْجِها بغيرِ إقْرارِه ولا رِضَاه ، أو إلى أنَّ[14] امْرأتَه وُطِئَتْ بزِنًى أو بشُبْهَةٍ[15] ، وفي ذلك ضَرَرٌ عليه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُها فيما يُلْحِقُ الضَّرَرَ به . وإن لم يكنْ لها زَوْجٌ ، قُبِلَتْ دَعْوَاها لِعَدَمِ هذا الضَّرَرِ . وهذا أيضا وَجْهٌ لأصْحابِ الشافِعِيِّ . والرِّوايةُ الثالثةُ ،

٢١٠/٥ ظ

---

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ ووهبنا لداود سليمان نعم العبد ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب إذا ادعت المرأة ابنا ، من كتاب الفرائض . صحيح البخاري ٤/١٩٨ ، ٨/١٩٤ ، ١٩٥ . والنسائي ، في : باب حكم الحاكم بعلمه ، من كتاب القضاء . المجتبى ٨/٢٠٦ ، ٢٠٧ ، وعبد الرزاق ، في : باب المرأتين تدعيان ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٣٦٢ .

(١٠ - ١٠) في الأصل : « تزوجها بهذا » .

(١١) سقط من : م .

(١٢) في م : « إلحاقها » .

(١٣) في م : « للعار » .

(١٤) في م : « أو » .

(١٥) في م : « شبهة » .

نَقَلَها الكَوْسَجُ عن أحمدَ ، فى امْرأةٍ ادَّعَتْ وَلَدًا : إن كان لها إخْوَةٌ أو نَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لا تُصَدَّقُ إلَّا بِبيِّنةٍ ، وإن لم يكُنْ لها دافِعٌ ، لم يُحَلْ بينَها وبينَه ؛ لأنَّه إذا كان لها أهْلٌ ونَسَبٌ مَعْرُوفٌ ، لم تَخْفَ وِلَادَتُها عليهم ، ويَتَضَرَّرُونَ بإلْحاقِ النَّسَبِ بها ، لما فيه من تَعْيِيرِهِم بوِلَادَتِها من غيرِ زَوْجِها ، وليس كذلك إذا لم يكُنْ لها أهْلٌ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ النَّسَبُ بِدَعْواها بحالٍ . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، والشافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، على أنَّ النَّسَبَ لا يَثْبُتُ بِدَعْوَى المَرْأةِ ؛ لأنَّها يُمْكِنُها إقامَةُ البَيِّنةِ على الوِلَادةِ ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُها بمُجَرَّدِه ، كما لو عَلَّقَ زَوْجُها طَلَاقَها بوِلَادَتِها . ولَنا ، أنَّها أحَدُ الوَالِدَيْنِ ، فأشْبَهَتِ الأَبَ ، وإمكانُ البَيِّنةِ لا يَمْنَعُ قَبُولَ القولِ ، كالرَّجُلِ ، فإنَّه تُمْكِنُه إقامةُ[16] البَيِّنةِ أنَّ هذا وُلِدَ[17] على فِراشِه . وإن كان المُدَّعِى أمَةً ، فهى كالحُرَّةِ ، إلَّا أنَّنا إذا قَبِلْنا دَعْواها فى نَسَبِه ، لم نَقْبَلْ قَوْلَها فى رِقِّه ؛ لأنَّنا لا نَقْبَلُ الدَّعْوَى فيما يَضُرُّه ، كما لم نَقْبَل الدَّعْوَى فى كُفْرِه إذا ادَّعَى نَسَبَه كافِرٌ . القسم الثانى ، أنْ يَدَّعِىَ نَسَبَه اثْنانِ فصاعِدًا ، والكَلَامُ فى ذلك فى فُصُولٍ :

أحدُها : أنَّه إذا ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وكافِرٌ ، أو حُرٌّ وعَبْدٌ ، فهما سواءٌ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفةَ : المُسْلِمُ أَوْلَى من الذِّمِّىِّ ، والحُرُّ أَوْلَى من العَبْدِ ؛ لأنَّ على اللَّقِيطِ ضَرَرًا فى إلْحاقِه بالعَبْدِ والذِّمِّىِّ ، فكان إلْحاقُه بالحُرِّ المُسْلِمِ أَوْلَى ، كما لو تَنَازَعُوا فى الحَضَانةِ . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحِدٍ [18]منهم إذا[18] انْفَرَدَ صَحَّتْ دَعْواهُ ، فإذا تَنَازَعُوا ، / تَساوَوْا فى الدَّعْوَى[19] ، كالأحْرارِ المسلِمين . وما ذَكَرُوه من الضَّرَرِ لا يَتحَقَّقُ ، فإنَّنا لا نَحْكُمُ بِرِقِّه ولا كُفْرِه . ولا يُشْبِهُ النَّسَبُ الحَضَانَةَ ، بِدَلِيلِ أنَّنا نُقَدِّمُ

٢١١/٥ و

---

(١٦) سقط من : م .

(١٧) فى الأصل : « الولد » .

(١٨ - ١٨) فى م : « لو » .

(١٩) فى الأصل : « دعواه » .

فى الحَضَانةِ المُوسِرَ والحَضَرِىَّ ، ولا نُقدِّمُهما فى دَعْوَى النَّسَبِ . قال ابن المُنْذِرِ : إذا كان عَبْدٌ ، امْرأته أمَةٌ ، فى أيْدِيهما صَبِىٌّ ، فادَّعَى رَجُلٌ من العَرَبِ امْرأته عَرَبِيَّةٌ أنَّه ابْنه من امْرَأتِه ، فأقام العَبْدُ بَيِّنةً بِدَعْواه [20]أنه ابْنه[20] ، فهو ابْنُه فى قولِ أبى ثَوْرٍ وغيرِه . وقال أصْحابُ الرَّأْى : يُقْضَى به لِلْعَرَبِىِّ ، لِلْعِتْقِ الذى يَدْخُلُ فيه ، وكذلك لو كان المُدَّعِى من المَوَالِى عَبْدَهُم . وقولُهم هذا غير صَحِيحٍ ؛ لأنَّ العَرَبَ وغيرَهم فى أحْكامِ اللهِ ولُحُوقِ النَّسَبِ بهم سواءٌ .

الفصل الثانى : أنَّه إذا ادَّعاهُ اثْنانِ ، فكان لأحَدِهما به بَيِّنةٌ ، فهو ابْنُه . وإن أقامَا بَيِّنَتَينِ ، تَعَارَضَتَا ، وسَقَطَتَا ، ولا يمكنُ اسْتِعْمالُهما هٰهُنا ؛ لأنَّ اسْتِعْمالَهما فى المالِ إمَّا بِقسْمَتِه بين المُتَداعِيَيْنِ ، ولا سَبِيلَ إليه هٰهُنا ، وإمَّا بالإقْراعِ بينهما ، والقُرْعَةُ لا يَثْبُتُ بها النَّسَبُ . فإن قيل : فإنَّ ثُبُوتَه هٰهُنا يكونُ بالبَيِّنةِ لا بالقُرْعةِ ، وإنَّما القُرْعةُ مُرَجِّحَةٌ . قُلْنا : فيَلْزَمُ أنَّه إذا اشْتَرَكَ رَجُلانِ فى وَطْءِ امْرأةٍ ، فأتَتْ بِوَلَدٍ ، أنْ[21] يُقْرَعَ بينهما ، ويكونُ لُحُوقُه بالوَطْءِ لا بالقُرْعةِ .

الفصل الثالث : أنَّه إذا لم تكُنْ به[22] بَيِّنةٌ ، أو تَعَارَضَتْ به بَيِّنتانِ ، وسَقَطَتا ، فإنَّا نُرِيه القافَةَ معهما ، أو مع عَصَبَتِهما عندَ فَقْدِهما ، فنُلْحِقُه بمَن ألْحَقَتْهُ به منهما . هذا قول أنَسٍ ، وعَطَاءٍ ، ويَزِيدَ بن عبد المَلِكِ ، والأوْزاعِىِّ ، واللَّيْثِ ، والشافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا حُكْمَ لِلْقَافةِ ، ويُلْحَقُ بالمُدَّعِيَيْنِ جميعا ؛ لأنَّ الحُكْمَ بالقَافةِ تَعْوِيلٌ على مُجَرَّدِ الشَّبَهِ والظَّنِّ والتَّخْمِينِ ، فإنَّ الشَّبَهَ يُوجَدُ بين الأجانِبِ ، ويَنْتَفِى بين الأقَارِبِ ، ولهذا رُوِى عن النبىِّ ﷺ ، أنَّ رَجُلًا أتاهُ ، فقال : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ امْرأَتِى وَلَدَتْ غُلامًا أسْوَدَ ، فقال : « هَلْ لَكَ مِنْ إبِلٍ ؟ » قال :

(٢٠ – ٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

نعم . قال : « فَمَا أَلْوَانُهَا ؟ » . قال : حُمْرٌ . قال : « فَهَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَق ؟ » قال : نعم . قال : « أَنَّى أَتَاهَا ذٰلِكَ ؟ » قال : لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَ . قال : « وهَذَا لَعَلَّ عِرْقًا نَزَعَ » . مُتَّفَقٌ عليه[23] . قالوا : ولو كان الشَّبَهُ كافِيًا لَاكْتُفِىَ به فى وَلَدِ المُلَاعِنَةِ ، وفيما إذا أَقَرَّ أَحَدُ الوَرَثَةِ بأخٍ وأَنْكَرَهُ الباقُونَ . ولَنا ، ما رُوِى عن عائِشَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أَنَّ النَّبِىَّ ﷺ دَخَلَ عليها يَوْمًا مَسْرُورًا ، تَبْرُقُ أَسَارِيرُ وَجْهِه / ، فقال : « أَلَمْ تَرَىْ أَنَّ مُجَزِّزًا المُدْلِجِىَّ نَظَرَ آنِفًا إلى زَيْدٍ وأُسامَةَ ، وقَدْ غَطَّيَا رُءُوسَهُمَا ، وبَدَتْ أَقْدَامُهُمَا ، فَقَالَ : إِنَّ هٰذِهِ الأَقْدَامَ بَعْضُها مِن بَعْضٍ ؟ » . مُتَّفَقٌ عليه[24] . فلولا جَوازُ الاعْتِمادِ على القَافَةِ لَما سُرَّ به النبىُّ ﷺ ، ولا اعْتَمَدَ عليه . ولأنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قَضَى به بحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ ، فلم يُنْكِرْه مُنْكِرٌ ، فكان إجْماعًا ، ويَدُلُّ على ذلك قولُ النبىِّ ﷺ فى وَلَدِ المُلَاعِنَةِ : « انْظُرُوهَا ، فَإِنْ جاءَتْ بِهِ حَمْشَ السَّاقَيْنِ[25] كَأَنَّهُ وَحَرَةٌ[26] فَلا أُرَاهُ إِلَّا قَدْ كَذَبَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ جاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ ، جَعْدًا ، جُمالِيًّا[27] ، سابِغَ الأَلْيَتَيْنِ ، خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ[28] ، فَهُوَ لِلَّذِى رُمِيَتْ به » . فأتَتْ به على النَّعْتِ

٢١١/٥ ظ

---

(٢٣) أخرجه البخارى ، فى : باب من شبه أصلا معلوما ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ١٢٥/٩ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان ، صحيح مسلم ١١٣٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا شك فى الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٢٥/١ . والنسائى ، فى : باب إذا عرض بامرأته ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦/٦ ، ١٤٧ .

(٢٤) أخرجه البخارى ، فى : باب صفة النبى ﷺ ، من كتاب المناقب ، وفى : باب مناقب زيد بن حارثة مولى النبى ﷺ ، من كتاب الفضائل ، وفى : باب القائف ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٢٢٩/٤ ، ٢٩/٥ ، ١٩٥/٨ . ومسلم ، فى : باب العمل بإلحاق القائف لولد ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨١/٢ ، ١٠٨٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى القافة ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٢٦/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القافة ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٢٩٠/٨ ، ٢٩١ . والنسائى ، فى : باب القافة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٥١/٦ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القافة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٨٢/٦ ، ٢٢٦ .

(٢٥) حمش الساقين : أى رقيقهما . وفى النسخ : « أحمش » .

(٢٦) الوحرة : وزغة ، كسام أبرص .

(٢٧) جمالى : ضخم الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الجمل .

(٢٨) خدلج الساقين : ممتلؤهما .

الْمَكْرُوهِ ، فقال النبيُّ ﷺ : « لَوْلَا الْأَيْمانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ »[29] . فقد حَكَمَ به النبيُّ ﷺ للذي أَشْبَهَهُ منهما . وقوله : « لَوْلَا الْأَيْمانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . يَدُلُّ على أنَّه لم يَمْنَعْهُ من العَمَلِ بالشَّبَهِ إلَّا الأَيْمانُ ، فإذا انْتَفَى المانِعُ يَجِبُ العَمَلُ به لِوُجُودِ مُقْتَضِيه . وكذلك قولُ النبيِّ ﷺ في ابْنِ أَمَةِ زَمْعَةَ ، حين رَأَى به شَبَهًا بَيِّنًا بِعُتْبَةَ بن أبي وَقَّاصٍ : « احْتَجِبِي مِنْهُ يَاسَوْدَةُ »[30] . فعَمِلَ بالشَّبَه في حَجْبِ سَوْدَةَ عنه . فإن قيل : فالحَدِيثَانِ حُجَّةٌ عليكم ، إذ لم يَحْكُمِ النبيُّ ﷺ بالشَّبَهِ فيهما ، بل أَلْحَقَ الوَلَدَ بِزَمْعَةَ ، وقال لعبدِ بن زَمْعَةَ : « هُوَ لَكَ يا عَبْدُ بْنَ زَمْعَةَ ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ » . ولم يَعْمَلْ بشَبَهِ وَلَدِ المُلَاعِنَةِ في إقَامةِ الحَدِّ عليها ، لِشَبَهِهِ بالمَقْذُوفِ . قُلْنا : إنَّما لم يَعْمَلْ به في ابنِ أَمَةِ[31] زمعةَ ؛ لأنَّ الفِرَاشَ أقْوَى ، وتَرْكُ العَمَلِ بالبَيِّنةِ لِمُعارَضَةِ ما هو أَقْوَى منها[32] ، لا يُوجِبُ الإعْراضَ عنها[33] إذا خَلَتْ عن المُعارِضِ[34] . وكذلك تَرْكَ إقَامَةَ الحَدِّ عليها من أجْلِ أَيْمانِها ، بِدَلِيلِ قوله : « لَوْلَا الْأَيْمانُ لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . على أنَّ ضَعْفَ الشَّبَه عن إقامةِ الحَدِّ لا يُوجِبُ ضَعْفَه

---

(29) حديث هلال بن أمية أخرجه البخارى ، فى : باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ويدرأ عنها العذاب ... ، من كتاب التفسير ، وفى : باب يبدأ الرجل بالتلاعن ، وباب التلاعن فى المسجد ، وباب قول النبى ﷺ : لو كنت راجما بغير بينة ، وباب قول الإمام : اللهم بيّن ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٣/٢٣٣ ، ٦/١٢٦ ، ٧/٦٩ – ٧٢ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢/١١٣٤ . وأبو داود ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥٢١ – ٥٢٥ . والترمذى ، فى : باب تفسير سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١/٤٥ ، ٤٦ . والنسائى ، فى : باب اللعان فى قذف الرجل زوجته برجل بعينه ، وباب كيف اللعان ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٤٠ ، ١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٣/١٤٢ .

(30) تقدم تخريجه فى : ٧/٣١٦ .

(31) سقط من : م .

(32) فى م : « منه » .

(33) فى م : « عنه » .

(34) فى الأصل : « المعارضة » .

عن إلْحاقِ النَّسَبِ ، فإنَّ الحَدَّ فى الزِّنَى لا يَثْبُتُ إلَّا بأقْوَى البَيِّناتِ ، وأكْثَرِها عَدَدًا ، وأقْوَى الإقْرارِ ، حتى يُعْتَبَرَ فيه تَكْرارُه أرْبَعَ مَرّاتٍ ، ويُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، والنَّسَبُ يَثْبُتُ بشهَادَةِ امْرَأةٍ واحِدَةٍ على الوِلَادةِ ، ويَثْبُتُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، ويَثْبُتُ مع ظُهُورِ انْتِفائِه ، حتى لو أن امْرَأةً أتَتْ بوَلَدٍ وزَوْجُها غائِبٌ عنها منذ عِشْرِينَ سَنة ، لَحِقَه وَلَدُها ، فكيف يُحْتَجُّ على نَفْيِه بعَدَمِ إقَامةِ الحَدِّ ! ولأنَّه حَكَمَ بِظَنٍّ غالِبٍ ، ورَأْيٍ راجحٍ ، ممَّن هو من أهْلِ الخِبْرةِ ، فجاز ، كَقَوْلِ المُقَوِّمِينَ / . وقولُهم : إنَّ الشَّبَهَ يجوزُ وُجُودُه (٣٥وعَدَمُه . قُلْنا : الظاهِرُ وُجُودُه٣٥) ، ولهذا قال : النبيُّ ﷺ حين قالت أُمُّ سَلَمةَ : أو تَرَى ذلك المَرْأةُ ؟ قال : « فَمِنْ أيْنَ يَكُونُ الشَّبَهُ ؟ »(٣٦) . والحَدِيثُ الذى احْتَجُّوا به حُجَّةٌ عليهم ؛ لأنَّ إنْكارَ الرَّجُلِ وَلَدَه لمُخَالَفَةِ لَوْنِه ، وعَزْمَه على نَفْيِه لذلك ، يَدُلُّ على أنَّ العادَةَ خِلَافُه ، وأنَّ فى طِبَاعِ الناسِ إنْكَارَه ، وأنَّ ذلك إنَّما يُوجَدُ نادِرًا ، وإنَّما ألْحَقَه النبيُّ ﷺ به لِوُجُودِ الفِرَاشِ ، وتَجُوزُ مُخَالَفةُ الظاهِرِ لِدَلِيلٍ ، ولا يجوزُ تَرْكُه من غير دَلِيلٍ ، ولأنَّ ضَعْفَ الشَّبَه عن نَفْيِ النَّسَبِ لا يَلْزَمُ منه ضَعْفُه عن إثْبَاتِه ، فإنَّ النَّسَبَ يُحْتَاطُ لإثْباتِه ، ويَثْبُتُ بأدْنَى دَلِيلٍ ، ويَلْزَمُ من ذلك التَّشْدِيدُ فى نَفْيِه ، وأنَّه لا يَنْتَفِى إلَّا بأقْوَى الأدِلَّةِ ، كما أنَّ الحَدَّ لَمَّا انْتَفَى بالشُّبَهِ ، لم يَثْبُتْ إلَّا بأقْوَى دَلِيلٍ ، فلا يَلْزَمُ حينئذٍ من المَنْعِ من نَفْيِه بالشَّبَهِ فى الخَبَرِ المَذْكُورِ ، أن لا يَثْبُتَ به النَّسَبُ فى مَسْألَتِنا . فإن قيل : فههُنا إن عَمِلْتُم بالقَافَةِ فقد نَفَيْتُم النَّسَبَ عمَّن لم تُلْحِقْه القافَةُ به . قُلْنا : إنَّما انْتَفَى النَّسَبُ ههُنا لِعَدَمِ دَلِيلِه ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ إلَّا مُجَرَّدُ الدَّعْوَى ، وقد عارَضَها مثلُها ، فسَقَطَ حُكْمُها ، وكان الشَّبَهُ مُرَجِّحًا لأحَدِهما ، فانْتَفَتْ دَلَالَةٌ أخرى ، فلَزِمَ انْتِفَاءُ النَّسَبِ لانْتِفاءِ دَلِيلِه ، وتَقْدِيمُ اللِّعَانِ عليه لا يَمْنَعُ العَمَلَ به عند عَدَمِه ، كاليَدِ تُقَدَّمُ عليها البَيِّنةُ ، ويُعْمَلُ بها .

٢١٢/٥ و

(٣٥ - ٣٥) سقط من : الأصل .

(٣٦) تقدم تخريجه فى : ٢٦٥/١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب الحياء فى العلم ، من كتاب العلم ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة ﴾ ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخارى ٤٤/١ ، ١٦٠/٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٢/٦ ، ٣٠٦ ، ٣٧٧ .

فصل : والقافَةُ قَوْمٌ يَعْرِفُونَ الأَنسابَ بالشَّبَهِ ، ولا يَخْتَصُّ ذلك بِقَبِيلَةٍ مُعَيَّنة ، بل مَنْ عُرِفَ منه المَعْرِفَةُ بذلك ، وتَكَرَّرَتْ منه الإصَابَةُ ، فهو قائِفٌ . وقيل : أَكْثَر ما يكونُ فى بَنِى مُدْلِجٍ رَهْطِ مُجَزِّزٍ الْمُدْلِجِىّ الذى رأى أُسامَةَ وأباه زَيْدًا قد غَطَّيا رُؤُوسَهُما ، وبَدَتْ أَقْدَامُهُما ، فقال : « إنَّ هٰذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ » . وكان إياسُ بن مُعَاوِيَةَ المُزَنِىُّ قائِفًا ، وكذلك قيل فى شُرَيْحٍ . ولا يُقْبَلُ قولُ القائِفِ إلَّا أن يكونَ ذَكَرًا ، عَدْلًا ، مُجَرَّبًا فى الإصَابةِ ، حُرًّا ؛ لأنَّ قولَه حُكْمٌ ، والحكم تُعْتَبَرُ له هذه الشُّرُوطُ . قال القاضى : وتُعْتَبَرُ مَعْرِفةُ القائِفِ بالتَّجْرِبَةِ ، وهو أن يُتْرَكَ الصَّبِىُّ مع عَشَرَةٍ من الرِّجالِ غيرِ مَن يَدَّعِيه ، ويُرَى إيَّاهُم ، فإن أَلْحَقَه بواحدٍ منهم سَقَطَ قولُه ؛ لأنَّا تَبيَّنَّا[٣٧] خطَأَه ، وإن لم يُلْحِقْه بواحِدٍ منهم ، أَرَيْناه إيَّاه مع عِشْرِينَ فيهم مُدَّعِيهِ ، فإن أَلْحَقَه به لَحِقَ ، ولو اعْتُبِرَ بأن يَرَى صَبِيًّا [٣٨]مَعْرُوفَ النَّسَبِ[٣٨] مع قَوْمٍ / فيهم أَبُوه أو أَخُوه ، فإذا أَلْحَقَه بِقَرِيبِه ، عُلِمَتْ إصَابَتُه ، وإن أَلْحَقَه بغيرِه ، سَقَطَ قولُه ، جازَ . وهذه التَّجْرِبةُ عند عَرْضِه على القائِفِ للاحْتِياطِ فى مَعرِفَةِ إصَابَتِه ، وإن لم نُجَرِّبْهُ فى الحالِ ، بَعد أن يكونَ مَشْهُورًا بالإصَابةِ وصِحَّةِ المَعْرِفةِ فى مَرَّاتٍ كَبِيرَة ، جازَ . وقد رَوَيْنا أنَّ رَجُلًا شَرِيفًا شَكَّ فى وَلَدٍ له من جارِيَتِه ، وأَبَى أن يَسْتَلْحِقَه ، فمَرَّ به إياسُ ابن مُعَاوِيَةَ فى المَكْتَبِ ، وهو لا يَعْرِفُه ، فقال : ادْعُ لى أباكَ . فقال له المُعَلِّمُ : ومن أَبو هذا؟ قال: فُلانٌ. قال: من أين عَلِمْتَ أنَّه أَبوه؟ قال : هو أَشْبَهُ به من الغُرابِ بالغُرابِ. فقَامَ المُعَلِّمُ مَسْرُورًا إلى أبِيه ، فأَعْلَمَه بقولِ إياسٍ ، فخَرَجَ الرَّجُلُ وسَأَلَ إيَاسًا ، فقال : من أين عَلِمْتَ أنَّ هذا وَلَدِى ؟ فقال : سُبْحانَ الله ، وهل يَخْفَى ولدُك[٣٩] على أحَدٍ، إنَّه لَأَشْبَهُ[٤٠] بك من الغُرَابِ بالغُرَابِ . فَسُرَّ الرَّجُلُ ، واسْتَلْحَقَ وَلَـدَه .

٢١٢/٥ ظ

---

(٣٧) فى الأصل : « نتبين » .

(٣٨ – ٣٨) فى الأصل : « معروفا » .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) فى م : « أشبه » .

وهل يُقْبَلُ قولُ واحِدٍ ، أو لا يُقْبَلُ إلَّا قول اثْنَيْنِ ؟ فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه لا يُقْبَلُ إلَّا قولُ اثْنَيْنِ ، فإنَّ الأثْرَمَ رَوَى عنه ، أنَّه قِيلَ له : إذا قال أحَدُ القافَةِ : هو لهذا . وقال الآخَرُ : هو لهذا ؟ قال : لا يُقْبَلُ واحِدٌ حتى يَجْتَمِعَ اثْنانِ ، فيكونَانِ شاهِدَيْنِ . فإذا شَهِدَ اثْنانِ من القافَةِ أنَّه لهذا ، فهو لهذا ؛ لأنَّه قولٌ يَثْبُتُ به النَّسَبُ ، فأشْبَهَ الشَّهادَةَ . وقال القاضِى : يُقْبَلُ قولُ الواحِدِ ؛ لأنَّه حُكْمٌ ، ويُقْبَلُ فى الحُكْمِ قولُ واحِدٍ . وحَمَلَ كَلَامَ أحمدَ على ما إذا تَعارَضَ قولُ القائِفِينَ ، فقال : إذا خالَفَ القائِفُ غيرَه ، تَعارَضَا وسَقَطَا . وإن قال اثْنانِ قَوْلًا ، وخالَفَهُما واحدٌ ، فقَوْلُهما أوْلَى ؛ لأنَّهما شاهِدَانِ ، فقَوْلُهما أقْوَى من قولِ واحِدٍ . وإن عارَضَ قَوْلُ اثْنَيْنِ قَوْلَ اثْنَيْنِ ، سَقَطَ قولُ الجَمِيعِ . وإن عارَضَ قَوْلُ الاثْنَيْنِ ثَلاثَةً فأكْثَرَ[41] ، لم يُرَجَّحْ ، وسَقَطَ الجَمِيعُ ، كما لو كانت إحْدَى البَيِّنَتَيْنِ اثْنَيْنِ ، والأُخْرَى ثَلاثَةً [42]أو أكثرَ[42] . فأمَّا إن ألْحَقَتْهُ القافَةُ بواحِدٍ ، ثم جاءَتْ قافَةٌ أخرى فألْحَقَتْه بآخَرَ ، كان لاحِقًا بالأوَّلِ ؛ لأنَّ القائِفَ جَرَى مَجْرَى حُكْمِ الحاكِمِ ، ومتى حَكَمَ الحاكِمُ حُكْمًا لم يَنْتَقِضْ بمُخالَفَةِ غيرِه له . وكذلك إن ألْحَقَتْهُ بواحِدٍ ، ثم عادَتْ فألْحَقَتْهُ بغيرِه ؛ لذلك . فإن أقامَ الآخَرُ بَيِّنَةً أنَّه وَلَدُه ، حُكِمَ له به ، وسَقَطَ قولُ القائِفِ ؛ لأنَّه بَدَلٌ ، فيَسْقُطُ بوُجُودِ الأصْلِ ، كالتَّيَمُّمِ مع الماءِ .

٢١٣/٥ و **فصل** : وإن ألْحَقَتْهُ القافَةُ بكافِرٍ أو رَقِيقٍ ، لم يُحْكَمْ / بكُفْرِه ولا رِقِّه ؛ لأن الحُرِّيَّةَ والإسْلَامَ ثَبَتَا له بظَاهِرِ الدَّارِ ، فلا يَزُولُ ذلك بمُجَرَّدِ الشَّبَهِ والظَّنِّ ، كما لم يَزُلْ ذلك بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى من المُنْفَرِدِ . وإنَّما قَبِلْنا قولَ القائِفِ فى النَّسَبِ ، لِلْحاجَةِ إلى إثْباتِه ، ولِكَوْنِه غيرَ مُخَالِفٍ لِلظَّاهِرِ ، ولهذا اكْتَفَيْنا فيه بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى من المُنْفَرِدِ ، ولا حاجَةَ إلى إثْباتِ[43] رِقِّه وكُفْرِه ، وإثْباتُهما يُخالِفُ الظَّاهِرَ .

فصل[44] : ولو ادَّعَى نَسَبَ اللَّقِيطِ إنْسانٌ ، فألْحِقَ نَسَبُه به ، لِانْفِرادِه

---

(٤١) فى م : « أو أكثر » .

(٤٢ – ٤٢) فى م : « فأكثر » .

(٤٣) فى الأصل : « إثباته » .

(٤٤) سقط من : م .

بالدَّعْوَى ، ثم جاءَ آخَرُ فادَّعاهُ ، لم يَزُلْ نَسَبُه عن الأوَّلِ ؛ لأنَّه حُكِمَ له[45] به ، فلا يَزُولُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . فإنْ أَلْحَقَتْهُ به القافَةُ ، لَحِقَ به ، وانْقَطَعَ عن الأوَّلِ ؛ لأنَّها بَيِّنَةٌ في إلْحاقِ النَّسَبِ ، ويَزُولُ بها الحُكْمُ الثَّابِتُ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، كالشَّهادَةِ .[46]

فصل[46] : وإذا ادَّعاهُ اثْنانِ ، فأَلْحَقَتْهُ القافَةُ بهما ، لَحِقَ بهما ، وكان ابْنَهما ، يَرِثُهما مِيراثَ ابْنٍ ، ويَرِثانِه جَمِيعًا مِيراثَ أبٍ واحِدٍ . وهذا يُرْوَى عن عمرَ ، وعليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنهما . وهو قولُ أبي ثَوْرٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بهما بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى . وقال الشافِعِيُّ : لا يُلْحَقُ بأَكْثَرَ من والِدٍ ، فإذا أَلْحَقَتْهُ بهما سَقَطَ قَوْلُهما ، ولم يُحْكَمْ لهما . واحْتَجَّ بِرِوَايةٍ عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّ القافَةَ قالت : قد اشْتَرَكَا فيه . فقال عُمَرُ : وَالِ أيَّهما شِئْتَ . ولأنَّه لا يُتَصَوَّرُ كَوْنُه من رَجُلَيْنِ ، فإذا أَلْحَقَتْهُ القافَةُ بهما ، تَبَيَّنَّا كَذِبَهُما ، فسَقَطَ قَوْلُهما ، كما لو أَلْحَقَتْهُ بأُمَّيْنِ[47] ، ولأن المُدَّعِيَيْنِ[48] لو اتَّفَقَا على ذلك ، لم يَثْبُتْ ، ولو ادَّعاهُ كلُّ واحِدٍ منهما ، وأقامَ بَيِّنَةً ، سَقَطَتَا ، ولو جازَ أن يُلْحَقَ بهما ، لَثَبَتَ باتِّفاقِهِما ، وأُلْحِقَ بهما عندَ تَعارُضِ بَيِّنَتِهِما . ولَنا ، ما رَوَى سَعِيدٌ ، في « سُنَنِه » : ثنا سُفْيانُ ، عن يَحْيَى بن[49] سَعِيدٍ ، عن سليمانَ ابن يَسَارٍ ، عن عمرَ ، في امْرَأةٍ وَطِئَها رَجُلانِ في طُهْرٍ ، فقال القائِفُ : قد اشْتَرَكَا فيه جَمِيعًا . فجَعَلَه بينهما[50] . وبإسْنادِه عن الشَّعْبِيِّ قال : وعليٌّ يقول : هو ابْنُهما ، وهما أبَوَاه ، يَرِثُهما ويَرِثانِه[51] . ورَوَاهُ الزُّبَيْرُ بن بَكَّارٍ ، بإسْنادِه عن عمرَ . وقال

---

(45) سقط من : الأصل .

(46 – 46) سقط من : الأصل .

(47) في الأصل : « باثنين » .

(48) في الأصل : « المتداعيين » .

(49) في م : « عن » . وانظر : الموطأ 2/740 .

(50) وأخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه ، من كتاب الأقضية . الموطأ 2/740 ، 741 . والبيهقي ، في : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبينات . السنن الكبرى 10/263 .

(51) انظر : إرواء الغليل 6/27 .

الإمامُ أحمدُ : حَدِيثُ قَتَادَةَ عن سَعِيدٍ عن عمرَ ، جَعَلَه بينهما ، وقَابُوس عن أبِيه عن علىٍّ[٥٢] ، جعَلَه بينهما . ورَوَى الأثْرَمُ ، بإسْنادِه عن سَعِيدِ بن المُسَيِّبِ ، فى رَجُلَيْنِ اشْتَرَكَا فى طُهْرِ امْرَأةٍ ، فحَمَلَتْ فوَلَدَتْ غُلَامًا يُشْبِهُهُما ، فَرُفِعَ ذلك إلى عمرَ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فدَعَا القافَةَ فنَظَرُوهُ[٥٣] ، فقالوا : نَرَاه يُشْبِهُهُما . فألْحَقَه بهما ، وجَعَلَه يَرِثُهما ويَرِثَانِه[٥٤] . قال سَعِيدٌ : عَصَبَتُه الباقِى منهما . وما ذَكَرُوه عن عمرَ لا نَعْلَمُ صِحَّتَه ، وإن صَحَّ فيَحْتَمِلُ / أنَّه تَرَكَ قولَ القافَةِ لأمْرٍ آخَرَ ، إمَّا لِعَدَمِ ثِقَتِهما ، وإمَّا لأنَّه ظَهَرَ له من قَوْلِهما واخْتلافِهما[٥٥] ما يُوجِبُ تَرْكَه ، فلا يَنْحَصِرُ المانِعُ من قَبُولِ قَوْلِهما فى أنَّهما اشْتَرَكَا فيه . قال أحمدُ : إذا ألْحَقَتْهُ القافَةُ بهما ، وَرِثَهُما ووَرِثَاه ، فإن ماتَ أحَدُهُما ، فهو للباقِى منهما ، ونَسَبُه من الأوَّلِ قائِمٌ ، لا يُزِيلُه شىءٌ . ومَعْنَى قولِه : « هو لِلْباقِى منهما » . واللهُ أعْلَمُ ، أنَّه يَرِثُه مِيرَاثَ أبٍ كامِلٍ ، كما أنَّ الجَدَّةَ إذا انْفَرَدَتْ أخَذَتْ ما يَأْخُذُه الجَدَّاتُ ، والزَّوْجَةُ تأْخُذُ وَحْدَها ما يَأْخُذُه جَمِيعُ الزَّوْجاتِ .

٥/٢١٣ ظ

فصل : وإن ادَّعاهُ أكْثَرُ من اثْنَيْنِ ، فألْحَقَتْهُ بهم القافَةُ ، فنَصَّ أحمدُ ، فى رِوَايةِ مُهَنَّا ، أنَّه يُلْحَقُ بثَلَاثَةٍ . ومُقْتَضَى هذا أنَّه يُلْحَقُ بمَن ألْحَقَتْهُ القافَةُ وإن كَثُرُوا . وقال أبو عبدِ الله ابن حامِدٍ : لا يُلْحَقُ بأكْثَرَ من اثْنَيْنِ . وهو قولُ أبى يوسفَ ؛ لأنَّا صِرْنَا[٥٦] إلى ذلك لِلْأَثَرِ ، فيُقْتَصَرُ عليه . وقال القاضى : لا يُلْحَقُ بأكْثَرَ من ثَلَاثةٍ ، وهو قولُ محمدِ

---

(٥٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال : يقرع بينهما إذا لم يكن قافة ، من كتاب الدعوى والبينات . السنن الكبرى ١٠/٢٦٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب النفر يقعون على المرأة فى طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٣٦٠ .

(٥٣) فى م : « فنظروا » .

(٥٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب القافة ودعوى الولد ، من كتاب الدعوى والبينات . السنن الكبرى ١٠/٢٦٤ . وعبد الرزاق ، فى : باب النفر يقعون على المرأة فى طهر واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٣٦٠ .

(٥٥) فى م : « واختلافه » .

(٥٦) فى الأصل : « نظرنا » .

ابن الحَسَنِ . ورُوِى ذلك عن أبى يوسفَ أيضا . ولَنا ، أنَّ المَعْنَى الذى لأجْلِه لَحِقَ باثْنَيْنِ ، مَوْجُودٌ فيما زَادَ عليه ، فَيُقاسُ عليه ، وإذا جازَ أن يُخْلَقَ[٥٧] من اثْنَيْنِ ، جازَ أن يُخْلَقَ[٥٧] من أكْثَرَ من ذلك . وقولُهم : إن إلْحاقَه بالاثْنَيْنِ على خِلَافِ الأصْلِ . مَمْنُوعٌ ، وإن سَلَّمْنَاهُ ، لكنَّه ثَبَتَ لِمَعْنًى مَوْجودٍ فى غيرِه ، فَيَجِبُ تَعْدِيَةُ الحُكْمِ به ، كما أنَّ إباحَةَ أكْلِ المَيْتَةِ عند المَخْمَصَةِ أُبِيحَ على خِلَافِ الأصْلِ ، لا يَمْنَعُ من أن يُقاسَ على ذلك مالُ غيرِه ، والصَّيْدُ الحَرَمِىُّ ، وغيرُهما من المُحَرَّماتِ ، لِوُجُودِ المَعْنَى ، وهو إبْقاءُ النَّفْسِ ، وتَخْلِيصُها من الهَلَاكِ . وأمَّا قولُ مَن قال : إنَّه يجوزُ إلْحاقُه بثَلَاثةٍ ، ولا يُزَادُ على ذلك ، فتَحَكُّمٌ ، فإنَّه لم يَقْتَصِرْ على المَنْصُوصِ عليه ، ولا عَدَّى الحُكْمَ إلى كلِّ ما وُجِدَ فيه المَعْنَى ، ولا نَعْلَمُ فى الثَّلَاثةِ مَعْنًى خاصًّا يَقْتَضِى إلْحاقَ النَّسَبِ بهم ، فلم يَجُز الاقْتِصارُ عليه بالتَّحَكُّمِ .

فصل : وإذا لم تُوجَدْ قافَةٌ ، أو أشْكَلَ الأمْرُ عليها ، أو تَعَارَضَتْ أقْوالُها ، أو وُجِدَ مَن لا يُوثَق بقَوْلِه ، لم يُرَجَّحْ أحَدُهما بِذِكْرِ عَلَامةٍ فى جَسَدِه ؛ لأنَّ ذلك لا يُرَجَّحُ به فى سائِرِ الدَّعاوى ، سِوَى الالْتِقَاطِ فى المالِ واللَّقِيط ، ويَضِيعُ نَسَبُه . هذا قولُ أبى بكرٍ . وقد أوْمَأَ[٥٨] أحمدُ ، رَحِمَهُ اللهُ ، فى رَجُلَيْنِ وَقَعَا على امْرَأةٍ فى طُهْرٍ واحِدٍ ، إلى أنَّ الابنَ يُخَيَّرُ أيَّهما أحَبَّ . وهو قولُ أبى عبدِ الله ابن حامِدٍ ، قال : يُتْرَكُ حتى يَبْلُغَ ، فيَنْتَسِبُ إلى مَنْ أحَبَّ منهما . / وهو قولُ الشافِعِىِّ الجَدِيدُ ، وقال فى القَدِيمِ : حتى يُمَيِّزَ ؛ ٥/٢١٤ و لقولِ عمرَ : وَالِ أيَّهما شِئْتَ . ولأن الإنْسانَ يَمِيلُ بِطَبْعِه[٥٩] إلى قَرِيبِه دُونَ غيرِه ، ولأنَّه مَجْهُولُ نَسَبُه ، أقَرَّ به مَنْ هو من أهْلِ الإقْرارِ ، وصَدَّقَهُ المُقَرُّ له ، فيَثْبُتُ نَسَبُه ، كما لو انْفَرَدَ . وقال أصْحابُ الرَّأْيِ : يُلْحَقُ بالمُدَّعِيَيْنِ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما لو انْفَرَدَ سُمِعَتْ دَعْواهُ ، فإذا اجْتَمَعا ، وأمْكَنَ العَمَلُ بهما ، وَجَبَ ، كما لو أقَرَّ

---

(٥٧) فى م : « يلحق » .

(٥٨) فى م زيادة : « إليه » .

(٥٩) فى الأصل : « طبعه » .

له بمالٍ . ولَنا ، أنَّ دَعْوَاهُما تَعَارَضَتَا ، ولا حُجَّةَ لواحدٍ منهما ، فلم تَثْبُتْ ، كما لو ادَّعَيا رِقَّهُ . وقولُهم : يَمِيلُ بِطَبْعِه[٦٠] إلى قَرَابَتِه . قُلْنا : إنَّما يَمِيلُ إلى قَرَابَتِه بعدَ مَعْرِفَتِه بأنَّها قَرَابَتُه ، فالمَعْرِفَةُ بذلك سَبَبُ المَيْلِ ، [٦١]فلا يثبُتُ[٦١] قبلَه ، ولو ثَبَتَ أنَّه يَمِيلُ إلى قَرَابَتِه ، لكنَّه قد يَمِيلُ إلى مَن أَحْسَنَ إليه ، فإن القُلُوبَ جُبِلَتْ على حُبِّ مَنْ أَحْسَنَ إليها ، وبُغْضِ مَنْ أَسَاءَ إليها ، وقد يَمِيلُ إليه لإِسَاءةِ الآخَرِ إليه ، وقد يَمِيلُ إلى أَحْسَنِهما خُلُقًا أو أعْظَمِهما قَدْرًا أو جاهًا أو مالًا ، فلا يَبْقَى لِلْمَيْلِ أثَرٌ فى الدَّلَالَةِ على النَّسَبِ . وقولُهم : إنَّه صَدَّقَ المُقِرَّ بنَسَبِه . قُلْنا : لا يَحِلُّ له تَصدِيقُه ، فإنَّ النبىَّ ﷺ لَعَنَ من ادَّعَى إلى غيرِ أبيه ، أو تَوَلَّى غيرَ مَوَالِيه[٦٢] . وهذا لا يَعْلَمُ أنَّه أبُوه ، فلا يَأْمَنُ أن يكونَ مَلْعُونًا بِتَصْدِيقِه ، ويُفَارِقُ ما إذا انْفَرَدَ ، فإنَّ المُنْفَرِدَ يَثْبُتُ[٦٣] النَّسَبُ بقَوْلِه من غيرِ تَصْدِيقٍ . وأمَّا قولُ عمرَ : وَالِ أيَّهما[٦٤] شِئْتَ . فلم يَثْبُتْ ، ولو ثَبَتَ لم يكُنْ فيه حُجَّةٌ ؛ فإنَّه إنَّما أمَرَه بالمُوَالَاةِ ، لا بالانْتِسَابِ . وعلى قولِ من جَعَلَ له الانْتِسابَ إلى أحَدِهما ، لو انْتَسَبَ إلى أحَدِهما ، ثم عادَ وانْتَسَبَ إلى الآخَرِ ، ونَفَى[٦٥] نَسَبَه من الأوَّل ، أو لم يَنْتَسِبْ إلى أحدٍ[٦٦] ، لم يُقْبَلْ منه ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ نَسَبُه ، فلا يُقْبَلُ رُجُوعُه عنه ، كما لو ادَّعَى مُنْفَرِدٌ نَسَبَه ثم أنْكَرَه ، ويُفَارِقُ الصَّبِىَّ الذى يُخَيَّرُ بين أبوَيْه ، فيَخْتَارُ أحَدَهُما ، ثم يَرُدُّ إلى[٦٧] الآخَرِ ، إذا اخْتَارَه ، فإنَّه لا حُكْمَ لقولِ الصَّبِىِّ ، وإنَّما تَبِعَ اخْتِيَارَه وشَهْوَتَه ، فأشْبَهَ ما لو اشْتَهَى طَعَامًا فى يَوْمٍ ، ثم اشْتَهَى غيرَه فى يومٍ

---

(٦٠) فى الأصل : « طبعه » .

(٦١ - ٦١) فى م : « ولا سبب » .

(٦٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب من ادعى إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٧٠/٢ .

(٦٣) فى م : « ثبت » .

(٦٤) فى م : « من » .

(٦٥) فى الأصل : « أو نفى » .

(٦٦) فى م : « واحد » .

(٦٧) سقط من : الأصل .

آخَرَ . وإن قامَتْ للآخرِ بنَسَبِه بَيِّنةٌ ، عُمِلَ بها ، وبَطَلَ انْتِسَابُه ؛ لأنها[68] تُبْطِلُ قولَ القافَةِ[69] ، الذى هو مُقَدَّمٌ على الانْتِسابِ ، فلَأن تُبْطِلَ الانْتِسَابَ أَوْلَى . وإن وُجِدَتْ قافَةٌ بعدَ انْتِسَابِه ، فألْحَقَتْهُ بغيرِ من انْتَسَبَ إليه ، بَطَلَ انْتِسَابُه أيضًا ؛ لأنَّه أقْوَى ، فبَطَلَ به الانْتِسابُ كالبَيِّنَةِ مع قولِ القافَةِ .

٢١٤/٥ ظ **فصل** : وإن ادَّعَت امْرَأتانِ نَسَبَ وَلَدٍ ، فذلك مَبْنِىٌّ على قَبُولِ / دَعْواهما[70] ، فإن كانَتَا ممَّن لا تُقْبَلُ دَعْواهما ، لم تُسْمَعْ دَعْواهما . وإن كانت إحْداهُما ممن تُسْمَعُ دَعْواها[71] دون الأُخْرَى ، فهو ابْنُها[72] ، كالمُنْفَرِدَةِ به . وإن كانَتَا جميعا ممَّن تُسْمَعُ دَعواهما ، فهما فى إثْباتِه بالبَيِّنةِ أو كَوْنِه يُرَى القافَةَ مع عَدَمِها كالرَّجُلَيْنِ . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ بكرِ بن محمدٍ ، فى يَهُودِيَّةٍ ومُسْلِمةٍ وَلَدَتا ، فادَّعَتِ اليَهُودِيَّةُ وَلَدَ المُسْلِمةِ ، فتَوَقَّفَ ، فقيل : يُرَى القافة ؟ فقال : ما أَحْسَنَهُ . ولأنَّ الشَّبَهَ يُوجَدُ بينها وبين ابْنِها ، كوُجُودِه بين الرَّجُلِ وابْنِه ، بل أكْثَرَ ، لِاخْتِصاصِها[73] بحَمْلِه وتَغْذِيَتِه ، والكافِرَةُ والمُسْلِمةُ ، والحُرَّةُ والأَمَةُ ، فى الدَّعْوَى واحِدَةٌ ، كما قلنا فى الرَّجُلِ . وهذا قولُ أصْحابِ الشافِعِىِّ ، على الوَجْهِ الذى يقولُون فيه بِقَبُولِ دَعْواها[74] . وإن أَلْحَقَتْهُ القافَةُ بأُمَّيْنِ ، لم يُلْحَقْ بهما ، وبَطَلَ قولُ القافَةِ ؛ لأنَّنا نَعْلَمُ خَطَأَه يَقِينًا . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : يُلْحَقُ بهما بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ؛ لأنَّ الأُمَّ أحَدُ الأَبَوَيْنِ ، فجازَ أن يُلْحَقَ باثْنَيْنِ ، كالآبَاءِ . ولَنا ، أنَّ كَوْنَه منهما مُحالٌ يَقِينًا . فلم يَجُز الحُكْمُ به ، كما لو كان أكْبَرَ[75]

---

(68) فى الأصل زيادة : « قد » .

(69) فى الأصل : « القائف » .

(70) فى م : « دعوتهما » . وقد وحدنا ها هنا وفيما يأتى .

(71) فى النسخ هنا وفيما يأتى : « دعوتها » .

(72) فى م : « ابن لها » .

(73) فى م : « لاختصاصهما » .

(74) فى الأصل : « دعوتها » . وفى م : « دعوتهما » .

(75) فى الأصل : « أكثر » .

منهما أو مِثْلَهُما ، وفارَقَ الرَّجُلَيْنِ ، فإنَّ كَوْنَه منهما مُمْكِنٌ ، فإنَّه يجوزُ اجْتِماعُ (٧٦النُّطْفَتَيْنِ لِرَجُلَيْنِ٧٦) فى رَحِمِ امْرَأةٍ ، فيُمْكِنُ أن يُخْلَقَ منهما وَلَدٌ ، كما يُخْلَقُ من نُطْفَةِ الرَّجُلِ والمَرْأةِ ؛ ولذلك قال القائِفُ لِعُمَرَ : قد اشْتَرَكَا فيه[٧٧] . ولا يَلْزَمُ من إلْحاقِه بمن يُتَصَوَّرُ كونُه منه ، إلْحاقُه بمَن يَسْتَحِيلُ كَوْنُه منه ، كما لم يَلْزَمْ من إلْحاقِه بمَنْ يُولَد مِثْلُه لِمِثْلِه[٧٨] إلْحاقُه بأَصْغَرَ منه .

فصل : فإن ادَّعَى نسبَه رَجُلٌ وامْرَأةٌ ، فلا تَنافِىَ بينهما ؛ لأنَّه يُمْكِنُ أن يكونَ منهما بِنِكاحٍ كان بينهما ، أو وَطْءِ شُبْهةٍ ، فيُلْحَقَ بهما جَمِيعا ، ويكونَ ابْنَهُما بمُجَرَّدِ دَعْوَاهُما ، كما لو انْفَرَدَ كلُّ واحِدٍ منهما بالدَّعْوَى[٧٩] . وإن قال الرَّجُلُ : هذا ابْنِى من زَوْجَتِى . وادَّعَتْ زَوْجَتُه ذلك ، وادَّعَتْهُ امْرَأةٌ أخرى ، فهو ابنُ الرَّجُلِ ، وهل تُرَجَّحُ زَوْجَتُه على الأُخْرَى ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، تُرَجَّحُ ؛ لأنَّ زَوْجَها أبُوه ، فالظاهِرُ أنَّها أُمُّه . ويَحْتَمِلُ أن يَتَسَاوَيا ؛ لأنَّ كلَّ واحِدَةٍ منهما لو انْفَرَدَتْ ، لَأُلْحِقَ بها ، فإذا اجْتَمَعَتا تَسَاوَتا .

فصل : وإن وَلَدَتِ امْرَأتانِ ابْنًا وبِنْتًا ، فادَّعَتْ كلُّ واحِدَةٍ منهما أنَّ الابنَ وَلَدُها دون البِنْتِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أن تَرَى المَرْأتَيْنِ القَافَةُ مع الوَلَدَيْنِ ، فيُلْحَقُ كُلُّ واحِدٍ منهما بمَنْ أَلْحَقَتْهُ ، به ، كما لو لم يكُنْ لهما وَلَدٌ آخَرُ . والثانى ، أن نَعْرِضَ لَبَنَيْهِمَا[٨٠] على أهْلِ الطِّبِّ والمَعْرِفَةِ ، / فإنَّ لَبَنَ الذَّكَرِ يُخَالِفُ لَبَنَ الأُنْثَى فى طَبْعِه ٢١٥/٥ و وزِنَتِه ، وقد قيل : إنَّ[٨١] لَبَنَ الابنِ ثَقِيلٌ ، ولَبن البِنْتِ خَفِيفٌ ، فيُعْتَبرانِ

(٧٦ - ٧٦) فى الأصل : « نطفتى الرجلين » .

(٧٧) تقدم فى صفحة ٣٧٧ .

(٧٨) فى م : « لمثل » .

(٧٩) فى الأصل : « بالدعوة » .

(٨٠) فى الأصل : « لبنهما » .

(٨١) سقط من : الأصل .

بِطَابَعِهِما[٨٢] وَوَزْنِهِما ، وما يَخْتَلِفانِ به[٨٣] عند أَهْلِ المَعْرِفةِ ، فمن كان لَبَنُهَا لَبَنَ الابنِ ، فهو وَلَدُها ، والبِنْتُ للأُخْرَى . فإن لم يُوجَدْ قافَةٌ ، اعْتَبَرْنا اللَّبَنَ خاصَّةً . وإن تَنازَعَا أحَدَ الوَلَدَيْنِ ، وهما جَمِيعًا ذَكَرانِ أو أُنْثَيانِ ، عُرِضُوا على القافةِ . كما ذَكَرْنا فيما تَقَدَّم .

فصل : ولو ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلَانِ ، فقال أحَدُهُما : هو ابْنِي . وقال الآخَرُ : هو ابنتى . نَظَرْنا ، فإن كان ابْنًا فهو لِمدَّعِيه ، وإن كانت بِنْتًا فهى لِمُدَّعِيها ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما لا يَسْتَحِقُّ غيرَ ما ادَّعاهُ . وإن كان خُنْثَى مُشْكِلًا ، أُرِىَ القافة معهما ؛ لأنَّه ليس قولُ واحِدٍ منهما أَوْلَى من الآخر . وإن أقَامَ كلُّ واحدٍ منهما بَيِّنةً بما ادَّعاهُ ، فالحُكْمُ فيهما كالحُكْمِ فيما لو انْفَرَدَ كلُّ واحِدٍ منهما بالدَّعْوَى ؛ لأنَّ بَيِّنَةَ الكاذِبِ منهما كاذِبَةٌ ، وُجُودُها كَعَدَمِها ، والأُخْرَى صادِقَةٌ ، فيَتَعَيَّنُ الحُكْمُ بها .

فصل : وإذا وَطِئَ رَجُلانِ امْرَأةً فى طُهْرٍ واحِدٍ ، وَطْئًا يَلْحَقُ النَّسَبُ بمثلِه ، فأتَتْ بِوَلَدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ منهما ، مثل أن يَطَآ جارِيةً مُشْتَرَكَةً بينهما فى طُهْرٍ ، أو يَطأَ رَجُلٌ امْرأةَ آخر أو أمَتَه بِشُبْهَةٍ ، فى الطُّهْرِ الذى وَطِئَها زَوْجُها أو سَيِّدُها فيه ، بأن يَجِدَها على فِراشِه ، فيَظُنُّها زَوْجَته أو أمَتَه ، أو يَدْعُو زَوْجَته فى ظُلْمةٍ ، فتُجِيبُه زَوْجَةُ آخَرَ أو جارِيَتُه ، أو يَتَزَوَّجُها كلُّ واحِدٍ منهما تَزْوِيجًا فاسِدًا ، أو يكونُ نِكاحُ أحَدِهما صَحِيحًا والآخَرُ فاسِدًا ، مثل أن يُطَلِّقَ رَجُلٌ امْرأتَه فيَنْكِحَها آخَرُ فى عِدَّتِها وَوَطِئَها ، أو يَبِيع جارِيةً فيَطَؤُها المُشْتَرِى قبلَ اسْتِبْرائِها ، وتَأْتِى بوَلَدٍ يُمْكِنُ أن يكونَ منهما ، فإنَّه يُرَى القافَةَ معهما ، فبِأيِّهما أَلْحَقُوهُ لَحِق . والخِلَافُ فيه كالخِلَافِ فى اللَّقِيطِ .

فصل : وإذا ادَّعَى رِقَّ اللَّقِيطِ مُدَّعٍ ، سُمِعَتْ دَعْواه ؛ لأنَّها مُمْكِنَةٌ ، وإن كانت مُخَالِفةً لِظَاهِرِ الدَّارِ ، فإن لم تكنْ له بَيِّنةٌ ، فلا شىءَ له ؛ لأنَّها دَعْوَى تُخَالِفُ الظاهِرَ ،

---

(٨٢) فى الأصل : « بطباعهما » .

(٨٣) فى الأصل : « فيه » .

ويُفارِقُ[٨٤] دَعْوَى النَّسَبِ من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ دَعْوَى النَّسَبِ لا تُخَالِفُ الظاهِرَ ، ودَعْوَى الرِّقِّ مُخَالِفَةٌ له . والثانى ، أن دَعْوَى النَّسَبِ يُثْبِتُ بها حَقًّا لِلَّقِيطِ ، ودَعْوَى الرِّقِّ تُثْبِتُ حَقًّا عليه ، فلم تُقْبَلْ بمُجَرَّدِها ، كما لو ادَّعَى رِقَّ غير اللَّقِيطِ . فإذا / لم تكنْ له بَيِّنَةٌ ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى . وإن كانت له بَيِّنَةٌ ، لم تَخْلُ ؛ إمَّا أن تَشْهَدَ باليَدِ أو بالمِلْكِ أو بالوِلَادَةِ ، فإن شَهِدَتْ بالمِلْكِ أو باليَدِ ، لم تُقْبَلْ فيه إلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، أو رَجُلٍ وامْرَأَتَيْنِ ، وإن شَهِدَتْ بالوِلَادةِ ، قُبِلَ فيه امْرَأَةٌ واحِدَةٌ أو رَجُلٌ واحِدٌ ؛ لأنَّه ممَّا لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن شَهِدَتِ البَيِّنَةُ باليَدِ ، فإن كانت لِلْمُلْتَقِطِ ، لم يَثْبُتْ بها مِلْكٌ ؛ لأنَّنا عَرَفْنا سَبَبَ يَدِه ، فإن كانت لأجْنَبِيٍّ ، حُكِمَ له باليَدِ ، والقولُ قولُه مع يَمِينِه فى المِلْكِ ، وإن شَهِدَتْ بالمِلْكِ ، فقالت : نَشْهَدُ أنَّه عَبْدُه أو مَمْلُوكُه . حُكِمَ بها ، وإن لم تَذْكُرْ سَبَبَ المِلْكِ ، كما لو شَهِدَتْ بمِلْكِ دارٍ أو ثَوْبٍ . فإن شَهِدَتْ بأنَّ أَمَتَه وَلَدَتْه فى مِلْكِه ، حُكِمَ له به ؛ لأنَّ أَمَتَه لا تَلِدُ فى مِلْكِه إلَّا مِلْكَه . وإن شَهِدَتْ أنه ابْنُ أمَتِه ، أو أنَّ أمَتَه وَلَدَتْه ، ولم تقُلْ : فى مِلْكِه . احْتَمَلَ أن يَثْبُتَ له المِلْكُ بذلك ، كقَوْلِها فى مِلْكِه ؛ لأنَّ أَمَتَه مِلْكُه ، فنَمَاؤُها مِلْكُه ، كسِمَنِها[٨٥] . واحْتَمَلَ أن لا يَثْبُتَ المِلْكُ ؛ لأنَّه يجوزُ أن تَلِدَه قبلَ مِلْكِه لها ، فلا تكونُ له وهو ابْنُ أمَتِه .

فصل : وإن ادَّعَى رِقَّ اللَّقِيطِ بعدَ بُلُوغِه مُدَّعٍ ، كُلِّفَ إجَابَته ، فإن أنْكَرَ ولا بَيِّنَةَ لِلْمُدَّعِى ، لم تُقْبَلْ دَعْوَاه ، وإن كانت له بَيِّنَةٌ ، حُكِمَ له[٨٦] بها ، فإن كان اللَّقِيطُ قد تَصَرَّفَ قبلَ ذلك بِبَيْعٍ أو شِرَاءٍ ، نُقِضَتْ تَصَرُّفَاتُه ؛ لأنَّه بَانَ أنَّه تَصَرَّفَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، وإن لم تكنْ بَيِّنَةٌ ، فأقَرَّ بالرِّقِّ ، نَظَرْنا ؛ فإن كان اعْتَرَفَ لِنَفْسِه بالحُرِّيَّةِ قبلَ ذلك ، لم يُقْبَلْ إقْرَارُه بالرِّقِّ ، لأنَّه اعْتَرَفَ بالحُرِّيَّةِ ، وهى حَقٌّ للهِ تعالى ، فلا يُقْبَلُ رُجُوعُه فى إبْطَالِها[٨٧] ، وإن لم يكن اعْتَرَفَ بالحُرِّيَّةِ ، احْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ،

٥/٢١٥ ظ

---

(٨٤) فى م : « ويخالف » .

(٨٥) فى الأصل : « كقيمتها » .

(٨٦) سقط من : الأصل .

(٨٧) فى م : « إبطاله » .

يُقْبَلُ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأى ؛ لأنَّه مَجْهُولُ الحالِ ، أقَرَّ بالرِّقِّ ، فيُقْبَلُ ، كما لو قَدِمَ رَجُلَانِ من دارِ الحَرْبِ ، فأقَرَّ أحَدُهما للآخَرِ بالرِّقِّ . وكما لو أقَرَّ بقِصَاصٍ أو حَدٍّ ، فإنَّه يُقْبَلُ وإن تَضَمَّنَ ذلك فَوَاتَ نَفْسِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ ، وهو الصَّحِيحُ ؛ لأنَّه يَبْطُلُ به حَقُّ اللهِ تعالى فى الحُرِّيّةِ المَحْكُومِ بها ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أقَرَّ قبلَ ذلك بالحُرِّيَّةِ ، ولأنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه ، فلم يُقْبَلْ إقْرَارُه بالرِّقِّ ، كما ذَكَرْنا ، ولأنَّ الطِّفْلَ المَنْبُوذَ لا يَعْلَمُ رِقَّ نَفْسِه ، ولا حُرِّيَّتَها ، ولم يَتَجَدَّدْ له حالٌ يَعْرِفُ به رِقَّ نَفْسِه ؛ لأنَّه فى تلك الحال ممَّن لا يَعْقِلُ ، ولم يَتَجَدَّدْ له رِقٌّ بعدَ الْتِقَاطِه ، فكان إقْرَارُه باطِلًا . وهذا قول القاسِمِ ، وابنِ المُنْذِرِ . وللشّافِعِىِّ وَجْهانِ كما ذَكَرْنا . فإن قُلْنا : يُقْبَلُ إقْرارُه . صارَتْ أحْكامُه أحكامَ العَبِيدِ فيما عليه دُونَ ما لَهُ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والمُزَنِىُّ ، وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه أقَرَّ بما يُوجِبُ حَقًّا له وحَقًّا عليه ، فوَجَبَ أن يُثْبِتَ ما عليه / دون ما لَه ، كما لو قال : لِفُلَانٍ عَلَىَّ ألْفُ دِرْهَمٍ ، ولِى عنده رَهْنٌ . ويَحْتَمِلُ أن يُقْبَلَ إقْرَارُه فى الجَمِيعِ . وهو القولُ الثانى للشافِعِىِّ ؛ لأنَّه ثَبَتَ ما عليه ، فيَثْبُتُ مالَه ، كالبَيِّنةِ ، ولأنَّ هذه الأحْكَامَ تَبَعٌ لِلرِّقِّ ، فإذا ثَبَتَ الأصْلُ بقَوْله ، ثَبَتَ التَّبَعُ ، كما لو شَهِدَتِ امْرَأةٌ بالوِلَادةِ ، تَثْبُتُ ويَثْبُتُ النَّسَبُ تَبَعًا لها . وأمَّا إن أقَرَّ بالرِّقِّ ابْتِداءً لِرَجُلٍ ، فصَدَّقَه ، فهو كما لو أقَرَّ به جَوَابًا . وإن كَذَّبَه ، بَطَلَ إقْرَارُه . ثم إن أقَرَّ به بعدَ ذلك لِرَجُلٍ آخَرَ ، جازَ . وقال بعضُ أصْحَابِنا : يَتَوَجَّهُ أن لا يُسْمَعَ إقْرارُه الثانى ؛ لأنَّ إقْرَارَه الأوَّلَ تَضَمَّنَ(88) الاعْتِرَافَ بنَفْىِ مالكٍ له سِوَى هذا المُقَرِّ له(89) ، فإذا بَطَلَ إقْرارُه بِرَدِّ المُقَرِّ له ، بَقِىَ(90) الاعْتِرَافُ بنَفْىِ مالكٍ له غيرِه ، فلم يُقْبَلْ إقْرَارُه بما نَفَاه ، كما لو أقَرَّ بالحُرِّيّةِ ثم أقَرَّ بعدَ ذلك بالرِّقِّ . ولَنا ، أنَّه إقْرَارٌ لم يَقْبَلْه المُقَرُّ له ، فلم يَمْنَعْ إقْرَارَه ثانِيًا ، كما لو أقَرَّ له بثَوْبٍ ثم أقَرَّ به لآخَرَ بعدَ رَدِّ الأوَّلِ . وفارَقَ الإقْرَارَ بالحُرِّيّةِ ، فإنَّ إقْرَارَه بها لم يَبْطُلْ ولم يُرَدَّ .

٢١٦/٥

---

(٨٨) فى الأصل : « يتضمن » .

(٨٩) سقط من : م .

(٩٠) فى الأصل : « نفى » .

فصل : إذا قَبِلْنا إقْرارَه بالرِّقّ بعدَ نِكَاحِه ، لم يَخْلُ من أن يكونَ ذَكَرًا أو أُنْثَى ، فإن كان ذَكَرًا ، فإن كان قبلَ الدُّخولِ ، فَسَدَ نِكَاحُه فى حَقِّه ؛ لأنَّه مُقِرٌّ أنَّه عَبْدٌ تَزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، ولها عليه نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّه حَقٌّ عليه ، فلم يَسْقُطْ بقَوْلِه ، وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، فَسَدَ نِكَاحُه أيضا ، ولها عليه المَهْرُ جَمِيعُه ، لما ذَكَرْنا ؛ لأنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ . فإذا أقَرَّ بما يُوجِبُ الفُرْقَةَ ، لَزِمَتْه ، وَوَلَدُه حُرٌّ تابعٌ لأُمِّه . وإن كان مُتَزَوِّجًا بأَمَةٍ ، فوَلَدُه لِسَيِّدِها ، ويَتَعَلَّقُ المَهْرُ برَقَبَتِه ؛ لأنَّ ذلك من جِنَايَاتِه ، ويَفْدِيه سَيِّدُه أو يُسَلِّمُه . وإن كان فى يَدِه كَسْبٌ ، اسْتَوْفَى المَهْرَ منه ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ إقْرارُه به لِسَيِّدِه بالنِّسْبةِ إلى امْرَأتِه ، فلا يَنْقَطِعُ حَقُّها منه بإقْرارِه . وإن قُلْنا : يُقْبَلُ قولُه فى جَمِيعِ الأحْكامِ ، فالنِّكَاحُ فاسِدٌ ؛ لكَوْنِه تَزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، ويُفَرَّقُ بينهما ، ولا مَهْرَ لها عليه إن لم تَكُنْ مَدْخُولًا بها ، وإن كان دَخَلَ بها ، فلها عليه المَهْرُ المُسَمَّى جَمِيعُه ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، والأُخْرَى خُمْسَاه . وإن كان اللَّقِيطُ أُنْثَى ، فالنِّكاحُ صَحِيحٌ فى حَقِّه . وإن كان قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لإقْرارِها بفَسَادِ نِكَاحِها ، وأنها أمَةٌ تَزَوَّجَتْ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، والنِّكَاحُ الفاسِدُ لا يَجِبُ المَهْرُ فيه إلَّا بالدُّخولِ . وإن كان دَخَلَ بها ، لم يَسْقُطْ مَهْرُها ، ولِسَيِّدِها الأقَلُّ من المُسَمَّى أو مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ المُسَمَّى إن كان أقَلَّ ، فالزَّوْجُ / يُنْكِرُ وُجوبَ الزِّيَادَةِ عليه ، وقولُها غير مَقْبولٍ فى حَقِّه . وإن كان الأقَلُّ مَهْرَ المِثْلِ ، فهى وَسَيِّدُها يُقِرَّانِ بفَسَادِ النِّكَاحِ ، وأنَّ الواجِبَ مَهْرُ المِثْلِ ، فلا يَجِبُ أكْثَرُ منه ، إلَّا على الرِّوَايةِ التى يَجِبُ فيها المُسَمَّى فى النِّكاحِ الفاسِدِ ، فيَجِبُ هٰهُنا المُسَمَّى ، قَلَّ أو كَثُرَ ، لِاعْتِرَافِ الزَّوْجِ بوُجُوبِه . وأمَّا الأوْلادُ ، فأحْرَارٌ ، ولا تَجِبُ قِيمَتُهُم ؛ لأنَّه لو وَجَبَ لَوَجَبَ بِقَوْلِها ، ولا يَجِبُ بقَوْلِها حَقٌّ على غيرِها ، ولا يَثْبُتُ الرِّقُّ فى حَقِّ أوْلادِها بإقْرارِها . فأمَّا بَقاءُ النِّكَاحِ ، فيُقالُ لِلزَّوْجِ : قد ثَبَتَ أنَّها أمَةٌ ، وَلَدُها رَقِيقٌ لِسَيِّدِها ، فإن اخْتَرْتَ المُقَامَ على ذلك فأَقِمْ ، وإن شِئْتَ ففَارِقْها . وسواءٌ كان ممَّن يجوزُ له نِكَاحُ الإمَاءِ أو لم يَكُنْ ؛ لأنَّنا لو اعْتَبَرْنَا ذلك ، وأفْسَدْنا نِكَاحَه ، لَكان إفْسَادًا لِلْعَقْدِ جَمِيعِه بقَوْلِها ؛ لأنَّ شُرُوطَ نِكَاحِ الأمَةِ لا تُعْتَبَرُ فى اسْتِدَامةِ العَقْدِ ، إنَّما تُعْتَبَرُ فى ابْتِدَائِه . فإن قيل : فقد قَبِلْتُمْ قَوْلَها فى أنَّها أمَةٌ فى

٢١٦/٥ ظ

المُسْتَقْبَلِ ، وفيه ضَرَرٌ على الزَّوْجِ . قُلْنا : لم يُقْبَلْ قَوْلُها فى إيجابِ حَقٍّ لم يَدْخُل فى العَقْدِ عليه ، فأمَّا الحُكْمُ فى المُسْتَقْبَلِ ، فيُمْكِنُ إيفاءُ حَقِّه وحَقِّ مَن ثَبَتَ له الرِّقُّ عليها ، بأنْ يُطَلِّقَها ، فلا يَلْزَمُه ما لم يَدْخُلْ عليه ، أو يُقيمُ[91] على نِكاحِها ، فلا يَسْقُطُ حَقُّ سَيِّدِها . فإن طَلَّقَها اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الحُرَّةِ ؛ لأنَّ عِدَّةَ الطَّلاقِ حَقٌّ لِلزَّوْجِ ، بِدَليلِ أنَّها لا تَجِبُ إلَّا بالدُّخولِ ، وسَبَبُها النِّكاحُ السابِق ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُها فى تَنْقِيصِها . وإن ماتَ ، اعْتَدَّتْ عِدَّةَ الأَمَةِ ؛ لأنَّ المُغَلَّبَ فيها حَقُّ اللهِ تعالى ، بِدَليلِ وُجُوبِها قبلَ الدُّخولِ ، فَقُبِلَ قَوْلُها فيها . ومَنْ قال بِقَبُولِ قَوْلِها فى جَمِيعِ الأحْكامِ ، فهذه أمَةٌ قد تَزَوَّجَتْ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، فنِكَاحُها فاسِدٌ ، ويُفَرَّقُ بينهما . وإن كان قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها . وإن كان دَخَلَ بها ، وَجَبَ لها مَهْرُ أمَةٍ نُكِحَتْ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، على ما ذُكِرَ فى مَوضِعِه . وهل ذلك مَهْرُ المِثْلِ ، أو المُسَمَّى ؟ فيه رِوَايَتانِ . وتَعْتَدُّ بِحَيْضَتَيْنِ[92] ؛ لأنه وَطْءٌ فى نِكَاحٍ فاسِدٍ ، وأوْلَادُه أحْرارٌ ؛ لِاعْتِقَادِه حُرِّيَّتَها ، فإنَّه مَغْرُورٌ بحُرِّيَّتِها ، وعليه قِيمَتُهُم يوم الوَضْعِ . وإن ماتَ عنها ، لم تَجِبْ عِدَّةُ الوَفَاةِ .

فصل : وإن كان قد تَصَرَّفَ بِبَيْعٍ أو شِرَاءٍ ، فتَصَرُّفُه صَحِيحٌ ، وما عليه من الحُقُوقِ والأثْمانِ يُؤَدَّى ممَّا فى يَدَيْه ، وما فَضَلَ عليه ففى ذِمَّتِه ؛ لأنَّ مُعَامِلَه لا يَعْتَرِفُ بِرِقِّه . ومن قال بِقَبُولِ إقْرارِه / فى جميعِ الأحْكامِ ، قال بِفَسادِ عُقُودِه كلِّها ، وأوْجَبَ رَدَّ الأعْيانِ إلى أرْبابِها إن كانت باقِيةً ، وإن كانت تالِفةً ، وَجَبَتْ قِيمَتُها فى رَقَبَتِه ، إن قُلْنا : إنَّ ما اسْتَدَانَ العَبْدُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه فهو فى رَقَبَتِه . وإن قُلْنا بأنَّ اسْتِدانَةَ العَبْدِ فى ذِمَّتِه ، فهذا كذلك ، ويَتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ؛ لأنَّه ثَبَتَ رِضَى صاحِبِه . ٢١٧/٥ و

فصل : وإن كان قد جَنَى جِنَايَةً مُوجِبَةً للقِصَاصِ ، فعليه له[93] القَوَدُ ، حُرًّا كان المَجْنِىُّ عليه أو عَبْدًا ؛ لأنَّ إقْرارَه بالرِّقِّ يَقْتَضِى وُجُوبَ القَوَدِ عليه فيما إذا كان المَجْنِىُّ

---

(٩١) فى م : « يقم » .
(٩٢) فى الأصل : « حيضتين » .
(٩٣) سقط من : الأصل .

عليه عَبْدًا أو حُرًّا ، فقُبِلَ إقْرَارُه فيه . وإن كانت الجِنَايَةُ خَطَأً ، تَعَلَّقَ أَرْشُها بِرَقَبَتِه ؛ لأنَّ ذلك مُضِرٌّ به . فإن كان أَرْشُها أكْثَرَ من قِيمَتِه ، وكان في يَدِه مالٌ ، اسْتَوْفَى منه ، وإن كان ممَّا تَحْمِلُه العاقِلَةُ ، لم يُقْبَلْ قَوْلُه في إسْقَاطِ الزِّيَادَةِ ؛ لأنَّ ذلك يَضُرُّ بالمَجْنِيِّ عليه ، فلا يُقْبَلُ قولُه فيه . وقِيلَ : تَجِبُ الزِّيادَةُ في بَيْتِ المالِ ؛ لأنَّ ذلك كان واجبًا لِلْمَجْنِيِّ عليه ، فلا يُقْبَلُ قولُه في إسْقاطِه . وإن جُنِيَ عليه[٩٤] جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقَوَدِ ، وكان الجانِي حُرًّا ، سَقَطَ ؛ لأنَّ الحُرَّ لا يُقَادُ منه لِلْعَبْدِ ، وقد أَقَرَّ للمَجْنِي[٩٥] عليه بما يُسْقِطُ القِصَاصَ . وإن كانت مُوجِبَةً لمالٍ يَقِلُّ[٩٦] بالرِّقِّ ، وَجَبَ أَقَلُّ الأَمْرَيْنِ . وإن كان مُسَاوِيًا لِلْوَاجِبِ قَبْلَ الإقْرَارِ ، وَجَبَ ، ويَدْفَعُ الواجِبَ إلى سَيِّدِه . وإن كان الواجِبُ يَكْثُرُ لكَوْنِ قِيمَتِه عَبْدًا أكْثَرَ من دِيَتِه حُرًّا ، لم يَجِبْ إلَّا أَرْشُ الجِنَايةِ على الحُرِّ . ومَن قَبِلَ قَوْلَه في الأحْكامِ كلِّها[٩٧] ، أَوْجَبَ أَرْشَ الجِنَايةِ على العَبْدِ . وإن كان الأَرْشُ تَحْمِلُه العاقِلَةُ إذا كان حُرًّا ، سَقَطَ عن العاقِلَةِ ، ولم يَجِبْ على الجانِي ؛ لأنَّ إقْرَارَه بالرِّقِّ يَتَضَمَّنُ إقْرَارَه بالسُّقُوطِ عن العاقِلَةِ ، ولم يُقْبَلْ في إيجَابِه على الجانِي ، فسَقَطَ . وقيل : لا يَتَحَوَّلُ عن العاقِلَةِ . ومَنْ قال : لا[٩٧] يُقبَلُ إقْرَارُه في الأحْكامِ كلِّها . أَوْجَبَ الأَرْشَ على الجانِي .

---

(٩٤) في النسخ : « عليها » .

(٩٥) في م : « المجنى » .

(٩٦) في الأصل : « يقبل » .

(٩٧) سقط من : الأصل .

كتابُ الوَصَايَا

/ الوَصَايَا جَمْعُ وَصِيَّةٍ ، مثل العَطَايَا جَمْعُ عَطِيَّةٍ . والوَصِيَّةُ بالمالِ هى التَّبرُّعُ به بعدَ المَوْتِ . والأَصْلُ فيها الكِتَابُ والسُّنَّةُ والإِجماعُ ؛ أما الكِتَابُ فقولُ اللهِ سُبْحانَه وتعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ ﴾[1] . وقال اللهُ تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[2] . وأَمَّا السُّنَّةُ فرَوَى سعدُ ابن أبى وَقَّاصٍ ، قال : جاءَنِى رسولُ اللهِ ﷺ يَعُودُنِى عامَ حَجَّةِ الوَدَاعِ ، من وَجَعٍ اشْتَدَّ بى ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، قد بَلَغَ بى من الوَجَعِ ما تَرَى ، وأنا ذو مالٍ ، ولا يَرِثُنِى إِلَّا ابْنَةٌ ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثَىْ مالِى ؟ قال : « لَا » . قلتُ : فبالشَّطْرِ يا رسولَ اللهِ ؟ قال : « لَا » . قلتُ : فَبِالثُّلُثِ ؟ قال : « الثُّلُثُ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . وعن ابن عمرَ ، أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « ما حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ[3] له شىءٌ يُوصِى فِيهِ[4] يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُه مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ » . مُتَّفَقٌ عليهما[5] . ورَوَى أبو أُمَامَةَ ، قال : سَمِعْتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقول :

٥٤/٧ ظ

---

(١) سورة البقرة ١٨٠ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٤) فى م : « به » .

(٥) الأول تقدم تخريجه فى : ٣٧/٦ . والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الوصايا وقول النبى ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٢/٤ . ومسلم ، فى : كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٤٩/٣ ، ١٢٥٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فيما يؤمر به من الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ١٠١/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الحث على الوصية ، من أبواب الجنائز ، وفى : باب ما جاء فى الحث على الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٩٧/٤ ، ٢٧٢/٨ ، ٢٧٣ . والنسائى ، فى : باب الكراهية فى تأخير الوصية ، من كتاب الوصايا . المجتبى ١٩٩/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الحث على الوصية ، من كتاب الوصايا . =

« إنَّ اللهَ قدْ أعطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . رَوَاه سَعِيدٌ ، وأبو دَاوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ[6] ، وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وعن علىٍّ رَضِىَ اللهُ عنه أنَّه[7] قال : إنَّكُم تَقرَأُونَ هذه الآية : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ . وإنَّ النبىَّ ﷺ قَضَى أن الدَّيْنَ قبلَ الوَصِيَّةِ . رَوَاه التِّرمِذِىُّ[8] . وأجْمَعَ العُلَمَاءُ فى جَمِيعِ الأمْصارِ والأعْصارِ[9] على جَوَازِ الوَصِيَّةِ .

فصل : ولا تَجِبُ الوَصِيَّةُ إلَّا على مَنْ عليه دَيْنٌ ، أو عنده وَدِيعةٌ ، أو عليه واجِبٌ يُوصَى بالخُرُوجِ منه ، فإنَّ اللهَ تعالى فَرَضَ أداءَ الأمَاناتِ ، وطَرِيقُه فى هذا البابِ الوَصِيَّةُ ، فتكونُ مَفرُوضةً عليه ، فأمَّا الوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ من مالِه ، فليست بِوَاجِبَةٍ على أحدٍ ، فى قول الجُمْهُورِ . وبذلك قال الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّورِىُّ ، ومالِكٌ[10] ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْى ، وغيرُهم . وقال ابنُ عبد البَرِّ : أجْمَعُوا

= سنن ابن ماجه ٢/٩٠١ . والدارمى ، فى : باب من استحب الوصية ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/٤٠٢ . والإمام مالك ، فى : باب الأمر بالوصية ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/٧٦١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/١٠ ، ٥٠ ، ٥٧ ، ٨٠ ، ١١٣ .

(٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الوصية للوارث ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢/١٠٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا وصية لوارث ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٨/٢٧٥ ، ٢٧٨ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب إبطال الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٦/٢٠٧ . وابن ماجه ، فى : باب لا وصية لوارث . من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/٩٠٥ ، ٩٠٦ ، والدارمى ، فى : باب الوصية للوارث ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٢/٤١٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٨٦ ، ١٨٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ ، ٥/٢٦٧ .

(٧) سقط من : الأصل ، م .

(٨) فى : باب ما جاء فى ميراث الإخوة من الأب والأم ، من أبواب الفرائض ، وفى : باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية ، من أبواب الوصايا . عارضة الأحوذى ٨/٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٧٩ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب تأويل قول الله تعالى : ﴿ من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾ ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٤/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الدين قبل الوصية ، سنن ابن ماجه ٢/٩٠٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٧٩ ، ١٣١ ، ١٤٤ .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى ا زيادة : « وإسحاق » .

على أنّ الوَصِيَّةَ غيرُ واجِبَةٍ ، إلّا على مَنْ عليه حُقُوقٌ بغير بَيِّنَةٍ ، وأمانةٌ بغير إشْهادٍ ، إلّا طائِفَةً شَذَّتْ فأوجَبَتْها . رُوِى عن الزُّهْرِىِّ أنَّه قال : جَعَلَ اللهُ الوَصِيَّةَ حَقًّا ممَّا قَلَّ أو كَثُرَ . وقِيلَ لأبِى مِجلَزٍ : على كل مَيِّتٍ وَصِيَّةٌ ؟ قال : إن تَرَكَ خَيْرًا . وقال أبو بَكرٍ عبدُ العَزِيزِ : / هى واجِبَةٌ للأقْرَبِينَ الذين لا يَرِثُونَ . وهو قول دَاوُدَ . وحُكِى ذلك عن مَسْرُوقٍ ، وطاوُسٍ ، وإيَاسٍ ، وقَتَادَةَ ، وابنِ جَرِيرٍ . واحْتَجُّوا بالآيةِ ، وخَبَرِ ابنِ عمرَ ، وقالوا : نُسِخَتِ الوَصِيَّةُ لِلْوالِدَيْنِ والأقْرَبِينَ الوارِثِينَ ، وبَقِيَتْ فى مَن لا يَرِثُ من الأقْرَبِينَ . ولَنا ، أنَّ أكْثَرَ أصْحابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ لم يُنْقَلْ عنهم وَصِيَّةٌ ، ولم يُنْقَلْ لذلك نَكِيرٌ ، ولو كانت واجِبَةً لم يُخِلُّوا بذلك ، ولَنُقِلَ عنهم نَقْلًا ظاهِرًا ، ولأنها عَطِيَّةٌ لا تَجِبُ فى الحَياةِ ، فلا تَجِبُ بعدَ المَوْتِ كعَطِيَّةِ الأجَانِبِ . فأمَّا الآيةُ ، فقال ابنُ عَبَّاسٍ : نَسَخَها قولُه سُبْحانه : ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ ﴾[11] . وقال ابنُ عمرَ : نَسَخَتها آيةُ المِيرَاثِ . وبه قال عِكْرِمَةُ ، ومُجَاهِدٌ ، ومالِكٌ ، والشّافِعِىُّ . وذهبتْ طائِفَةٌ ممَّن يَرَى نَسْخَ القُرْآنِ بالسُّنَّةِ ، إلى أنَّها نُسِخَتْ بقولِ النبىِّ ﷺ : « إنَّ اللهَ قَدْ أعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّه ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وحَدِيثُ ابن عمرَ مَحْمُولٌ على مَنْ عليه واجِبٌ ، أو عندَه وَدِيعَةٌ .

فصل : وتُسْتَحَبُّ الوَصِيَّةُ بجُزْءٍ من المالِ لمن تَرَكَ خَيْرًا ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ ﴾ . فنُسِخَ الوُجُوبُ ، وبَقِىَ الاسْتِحْبَابُ فى حَقِّ مَنْ لا يَرِثُ . وقد رَوَى[12] ابنُ عمرَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « يَا ابْنَ آدَمَ ، جَعَلْتُ لَكَ نَصِيبًا مِنْ مالِكَ حِينَ أخَذْتُ بِكَظَمِكَ[13] ، لِأُطَهِّرَكَ وأُزَكِّيَكَ » . وعن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ اللهَ تَصَدَّقَ

(١١) سورة النساء ٧ .

(١٢) فى م زيادة : « عن » .

(١٣) الكظم : مخرج النفس .

عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوالِكُم » . رَوَاهُما ابنُ ماجه[١٤] . وقال الشَّعْبِىُّ : مَنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ ، فلم يَجُرْ ، و لم يَحِفْ ، كان له من الأجْرِ مثلُ ما لو أعْطاها وهو صَحِيحٌ . وأمَّا الفَقِيرُ الذى له وَرَثَةٌ مُحْتاجُونَ ، فلا يُسْتَحَبُّ له أن يُوصِىَ ؛ لأنَّ اللهَ قال فى الوَصِيَّةِ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ . وقال النبىُّ ﷺ لِسَعْدٍ : « إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ عالَةً يَتَكَفَّفُونَ الناسَ » . وقال : « ابْدَأْ بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »[١٥] . وقال علىٌّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، لِرَجُلٍ أرادَ أن يُوصِىَ : إنَّك لن تَدَعَ طائِلًا ، إنَّما تَرَكْتَ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعْهُ لِوَرَثَتِكَ . وعنه : أَرْبَعُمائةِ دِينَارٍ ليس فيها فَضْلٌ عن الوَرَثَةِ . ورُوِىَ عن عائِشَةَ رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ رَجُلًا قال / لها : لِى ثَلَاثَةُ آلافِ دِرْهَمٍ ، وأَرْبَعَةُ أَوْلادٍ ، أَفَأُوصِى ؟ فقالت : اجْعَلِ الثَّلَاثَةَ للأَرْبَعةِ . وعن ابن عَبَّاسٍ قال : مَنْ تَرَكَ سَبْعَمائة دِرْهَمٍ ليس عليه وَصِيَّةٌ . وقال عُرْوَةُ : دَخَلَ عَلِىٌّ على صَدِيقٍ له يَعُودُه ، فقال الرَّجُلُ : إنِّى أُرِيدُ أن أُوصِىَ . فقال له علىٌّ[١٦] : إنَّ اللهَ تَعالى يقولُ : ﴿ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ ، وإنك إنما تَدَعُ شَيْئًا يَسِيرًا ، فَدَعْهُ لِوَرَثَتِكَ . واخْتَلَفَ أَهْلُ العِلْمِ فى القَدْرِ الذى لا تُسْتَحَبُّ الوَصِيَّةُ[١٧] لمَالِكِه ، فرُوِىَ عن أحْمَدَ : إذا تَرَكَ دون الأَلْفِ لا تُسْتَحَبُّ له[١٦] الوَصِيَّةُ . وعن علىٍّ ، أَرْبعمائة دِينَارٍ . وقال ابنُ عَبّاسٍ : إذا تَرَكَ المَيِّتُ سَبْعَمائة دِرْهَمٍ ، فلا يُوصِى . وقال : مَنْ تَرَكَ سِتِّينَ دِينَارًا ، ما تَرَكَ خَيْرًا . وقال طاوُسٌ : الخَيْرُ ثَمانُونَ دِينَارًا . وقال النَّخَعِىُّ : أَلْفٌ وخَمْسُمائة . وقال أبو حَنِيفَةَ : القَلِيلُ أن يُصِيبَ أَقَلَّ الوَرَثَةِ سَهْمًا[١٨] خَمْسُونَ دِرْهَمًا . والذى يَقْوَى عندى ، أنَّه متى كان المَتْرُوكُ لا يَفْضُلُ عن غِنَى الوَرَثَةِ ، فلا تُسْتَحَبُّ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ

٥٥/٧ ظ

---

(١٤) فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٢/٩٠٤ .
(١٥) تقدم تخريجه فى ٤/٣٠٨ .
(١٦) سقط من : م .
(١٧) سقط من : ا ، وفى م : « له » .
(١٨) فى ا ، م : « منهما » تحريف .

النبىُّ ﷺ عَلَّلَ المَنْعَ من الوَصِيَّةِ بقولِه : « أنْ تَتْرُكَ وَرَثَتَكَ أغْنِيَاءَ ، خَيْرٌ مِنْ أنْ تَدَعَهُمْ عالَةً » . ولأنَّ إعْطاءَ القَرِيبِ المُحْتاجِ خَيْرٌ من إعْطاءِ الأجْنَبِىِّ ، فمتى لم يَبْلُغِ المِيراثُ غِناهُم ، كان تَرْكُه لهم كعَطِيَّتِهم إيَّاه ، فيكونُ ذلك أفْضَلَ من الوَصِيَّةِ به لِغَيْرِهِم ، فعند هذا يَخْتَلِفُ الحالُ باخْتِلافِ الوَرَثَةِ فى كَثْرَتِهم وقِلَّتِهم ، وغِناهُم وحاجَتِهم ، فلا يَتَقَيَّدُ بقَدْرٍ من المالِ . واللهُ أعْلَمُ . وقد قال الشَّعْبِىُّ : ما مِنْ مالٍ أعْظَمُ أجْرًا ، من مالٍ يَتْرُكه الرَّجُلُ لِوَلَدِه ، يُغْنِيهِم به عن الناسِ .

فصل : والأَوْلَى أن لا يَسْتَوْعِبَ الثُّلُثَ بالوَصِيَّةِ وإن كان غَنِيًّا ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . قال ابنُ عَبّاسٍ : لو أنَّ الناسَ غَضُّوا من الثُّلُثِ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ قال : « الثُّلُثُ كَثِيرٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[19] . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : إن كان غَنِيًّا اسْتُحِبَّ الوَصِيَّةُ بالثُّلُثِ . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال لِسَعْدٍ : « والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . مع إخْبارِه إيَّاه بكَثْرَةِ مالِه ، وقِلَّةِ عِيالِه ، فإنَّه قال فى الحَدِيثِ : « إنَّ لِى مَالًا كَثِيرًا ، ولا يَرِثُنِى إلَّا ابْنَتِى » . ورَوَى [20] سَعِيدُ ، ثنا خالدُ بنُ عبدِ اللهِ ، ثنا عطاءُ [20] بن السائِبِ ، عن أبى عبد الرحمنِ السُّلَمِىِّ ، عن سَعْدِ بن مالِكٍ ، قال : مَرِضْتُ مَرَضًا ، فعَادَنِى رسُولُ اللهِ ﷺ ، فقال لِى : « أَوْصَيْتَ ؟ » . فقلتُ : نعم . أَوْصَيْتُ بمالِى / كلِّه لِلفُقَراءِ وفى سَبِيلِ اللهِ . فقال لِى رسولُ اللهِ ﷺ : « أَوْصِ بالْعُشْرِ » . فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ مالِى كَثِيرٌ . ووَرَثَتِى أغْنِيَاءُ . فلم يَزَلْ رَسُولُ اللهِ ﷺ يُنَاقِصُنِى وأُنَاقِصُه ، حتى قال : « أَوْصِ بالثُّلُثِ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . وقال أبو عبدِ الرحمنِ : لم يكُنْ أحَدٌ مِنَّا يَبْلُغُ فى وَصِيَّتِه الثُّلُثَ حتى يَنْقُصَ منه شَيْئًا ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « الثُّلُث ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ » . إذا ثَبَتَ هذا ، فالأَفْضَلُ لِلغَنِىِّ الوَصِيَّةُ بالخُمْسِ . ونحو هذا يُرْوَى

٥٦/٧ و

---

(١٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الوصية بالثلث ... ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ٣/٤ ، ٤ . ومسلم ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصية . صحيح مسلم ١٢٥٣/٣ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢٠٤/٦ . وابن ماجه ، فى : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٥/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٣٠/١ ، ٢٣٣ .

(٢٠ - ٢٠) فى م : « سعيد بن خالد ثنا ابن عبد الله ثنا ابن عطاء » .

عن أبي بكرٍ الصِّدِّيق ، وعليّ بن أبي طالبٍ ، رَضِيَ اللهُ عنهما . وهو ظاهِرُ قولِ السَّلَفِ ، وعُلَماءِ أهْلِ البَصْرَةِ . ويُرْوَى عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنه جاءَه شَيْخٌ ، فقال : يا أميرَ المُؤْمِنينَ ، أنا شَيْخٌ كَبِيرٌ ، ومالِي كَثِيرٌ ، ويَرِثُنِي أعْرابٌ مَوالٍ كَلالَةٌ ، مَنْزُوحٌ نَسَبُهُم ، أفأُوصِي بمالِي كلِّه ؟ قال : لا . قال[21] : فلم يَزَلْ يَحُطُّ[22] حتى بَلَغَ العُشْرَ[23] . وقال إسحاقُ : السُّنَّةُ الرُّبْعُ ، إلَّا أن يكونَ رَجُلًا يَعْرِفُ في مالِه حُرْمَةَ[24] شُبُهاتٍ أو غيرها ، فله اسْتِيعابُ الثُّلُثِ . ولَنا ، أنَّ أبا بكرٍ الصِّدِّيق ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أوْصَى بالخُمْسِ . وقال : رَضِيتُ بما رَضِيَ اللهُ به لِنَفْسِه . يَعْنِي قَوْلَه تعالى : ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ ﴾[25] ، ورُوِي أن أبا بكرٍ وعليًّا ، رَضِيَ اللهُ عنهما ، أوْصَيَا بالخُمْسِ . وعن عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لأَنْ أُوصِيَ بالخُمْسِ ، أحَبُّ إلَيَّ من الرُّبْعِ . وعن إبراهيمَ ، قال : كانوا يقولون : صاحِبُ الرُّبْعِ أفْضَلُ من صاحِبِ الثُّلُثِ ، وصاحِبُ الخُمْسِ أفْضَلُ من صاحِبِ الرُّبْعِ . وعن الشَّعْبِيِّ قال : كان الخُمْسُ أحَبَّ إليهم من الثُّلُثِ ، فهو مُنْتَهى الجامِحِ . وعن العَلاءِ ابن زِيَادٍ قال : أوْصَى أبي أن أسْأَلَ العُلَماءَ ، أيُّ الوَصِيَّةِ أعْدَلُ ؟ فما تَتَابَعُوا عليه فهو وَصِيَّتُه ، فتَتَابَعُوا على الخُمْسِ .

فصل : والأفْضَلُ أن يَجْعَلَ وَصِيَّتَه لأقارِبِه الذين لا يَرِثُونَ ، إذا كانوا فُقَراءَ ، في قول عامّةِ أهْلِ العِلْمِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : لا خِلَافَ بين العُلَماءِ عَلِمْتُ في ذلك ، إذا كانوا ذَوِي حاجَةٍ ، وذلك لأنَّ اللهَ تعالى كَتَبَ الوَصِيَّةَ لِلوالِدَيْنِ والأقْرَبِينَ ، فخَرَجَ

---

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ا : « يحطه » .

(٢٣) أخرجه البيهقي ، في : باب من استحب النقصان عن الثلث ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٧٠/٦ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما يجوز للرجل من الوصية في ماله ، من كتاب الوصايا . المصنف ٢٠٢/١١ . وعبد الرزاق ، في : باب كم يوصي الرجل من ماله ، من كتاب الوصايا . المصنف ٦٤/٩ .

(٢٤) سقط من : ا .

(٢٥) سورة الأنفال ٤١ .

منه الوارِثُونَ بقولِ النبيِّ ﷺ : « لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وبَقِىَ سائِرُ الأقارِبِ [26] على الوَصِيَّةِ [26] لهم . وأقلُّ ذلك الاسْتِحْبابُ ، وقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَءَاتِ ذَا ٱلْقُرْبَىٰ حَقَّهُۥ ﴾ [27] . وقال تعالى : ﴿ وَءَاتَى / ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [28] فبَدَأَ بهم ، ولأنَّ الصَّدَقةَ عليهم فى الحَيَاةِ أفْضَلُ ، فكذلك بعدَ المَوْتِ . فإن أوْصَى لغيرِهم وتَرَكَهُم ، صَحَّتْ وَصِيَّتُه ، فى قولِ أكْثرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم ؛ سالِمٌ ، وسليمانُ بن يَسَارٍ ، وعَطَاءٌ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرأى . وحُكِىَ عن طاوُسٍ ، والضَّحّاكِ ، وعبدِ المَلِكِ بن يَعْلَى ، أنَّهم قالوا : يُنْزَعُ عنهم ، ويُرَدُّ إلى قَرَابَتِه . وعن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ ، والحَسَنِ ، وجابِرِ بن زَيْدٍ : لِلَّذِى أوْصَى له ثُلُثَ الثُّلُثِ ، والباقِى يُرَدُّ إلى قَرابةِ المُوصِى ؛ لأنَّه لو أوْصَى بمالِه كلِّه لجازَ منه الثُّلُثُ ، والباقِى رُدَّ على الوَرَثَةِ ، وأقَارِبُه الذين لا يَرِثُونَه فى اسْتِحْقاقِ الوَصِيَّةِ كالوَرَثَةِ فى اسْتِحْقاقِ المالِ كلِّه . ولَنا ، ما رَوَى عِمْرانُ بن حُصَيْنٍ ، أنَّ رَجُلًا أعْتَقَ فى مَرَضِه سِتَّةَ أعْبُدٍ ، لم يكُنْ له مالٌ غيرَهم ، فبَلَغَ ذلك النبيَّ ﷺ ، فدَعَاهُم ، فجَزَّأَهُمْ ثَلاثَةَ أجْزاءٍ ، ثم أقْرَعَ بينهم ، فأعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وأرَقَّ أرْبعةً [29] . فأجازَ العِتْقَ فى ثُلُثِه لغيرِ قَرَابَتِه ، ولأنَّها عَطِيَّةٌ ، فجازَتْ لغيرِ قَرَابَتِه ، كالعَطِيَّةِ فى الحَيَاةِ .

٥٦/٧ ظ

(٢٦ - ٢٦) سقط من : م .

(٢٧) سورة الإسراء ٢٦ .

(٢٨) سورة البقرة ١٧٧ .

(٢٩) أخرجه مسلم ، فى : باب من أعتق شركا له فى عبد ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٨/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى من أعتق عبيدا له لم يبلغهم الثلث ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٣/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٢١/٦ ، ١٢٢ . والنسائى ، فى : باب الصلاة على من يحيف فى وصيته ، من كتاب الجنائز . المجتبى ٥١/٤ ، ٥٢ . والإمام مالك ، فى : باب من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٤/٢ مرسلا . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢٦/٤ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ ، ٤٣٩ ، ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

٩٥٥ – مسألة ؛ قال : (وَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ ذٰلِكَ)

وجملةُ ذلك أنَّ الإنسانَ إذا وَصَّى لوَارِثِه بِوَصِيَّةٍ ، فلم يُجِزْها سائِرُ الوَرَثةِ ، لم تَصِحَّ . بغير خِلَافٍ بين العُلَماءِ . قال ابنُ المُنْذِرِ ، وابنُ عبدِ البَرِّ : أجْمَعَ أهْلُ العِلْمِ على هذا . وجاءتِ الأخْبارُ عن رسولِ اللهِ ﷺ بذلك فرَوَى أبو أُمامةَ ، قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يقولُ : « إنَّ اللهَ قَدْ أعْطَى كُلَّ ذِى حَقٍّ حَقَّه ، فَلَا وَصِيَّةَ لوارِثٍ » . رَوَاه أبو داوُدَ . وابنُ ماجه ، والتِّرمِذِىُّ[١] . ولأنَّ النبيَّ ﷺ مَنَعَ من عَطِيَّةِ بعضِ وَلَدِه[٢] ، وتَفْضِيلِ بعضِهم على بعضٍ فى حالِ الصِّحَّةِ ، وقُوَّةِ المِلْكِ ، وإمْكانِ تَلَافِى العَدْلِ بينهم بإعْطاءِ الذى لم يُعْطِه فيما بعدَ ذلك ، لما فيه من إيقاعِ العَدَاوةِ والحَسَدِ بينهم ، ففى حالِ مَوْتِه أو مَرَضِه ، وضَعْفِ مِلْكِه ، وتَعَلُّقِ الحُقُوقِ به ، وتَعَذُّرِ تَلَافِى العَدْلِ بينهم ، أَوْلَى وأحْرَى . وإن أجازَها ، جازَتْ ، فى قول الجُمْهُورِ من العُلَماءِ . وقال بعضُ أصْحابِنا : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ، وإن أجازَها سائِرُ[٣] الوَرَثةِ ، إلَّا أن يُعْطُوه عَطِيَّةً مُبْتَدأَةً . /أخْذًا من ظاهِرِ قولِ أحْمَدَ ، فى رِوَايةِ حَنْبَلٍ : لا وَصِيَّةَ لِوَراِثٍ . وهذا قولُ المُزَنِىِّ ، وأهْلِ الظاهِرِ . وهو قولٌ لِلشّافِعِىِّ ، واحْتَجُّوا بظاهِرِ قول النبىِّ ﷺ : « لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ » . وظاهِرُ مَذْهَبِ أحمدَ والشافِعِىِّ ، أنَّ الوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ فى نَفْسِها . وهو قول جُمْهُورِ العُلَماءِ ؛ لأنَّه تَصَرُّفٌ صَدَرَ من أهْلِه فى مَحَلِّه ، فصَحَّ ، كما لو وَصَّى لأَجْنَبِىٍّ ، والخَبَرُ قد رُوِىَ فيه : « إلَّا أن يُجِيزَ الوَرَثةُ » . والاسْتِثْناءُ من النَّفْىِ إثْباتٌ ، فيكونُ ذلك دَلِيلًا على[٤] صِحَّةِ الوَصِيَّةِ عندَ الإجَازَةِ ، ولو خَلَا من الاسْتِثْناءِ كان مَعْناه لا وَصِيَّةَ نافِذَةً أو لازِمَةً ، أو ما أشْبَه هذا ، أو يُقَدَّرُ فيه : لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ عندَ عَدَمِ الإجَازَةِ من غيرِه من الوَرَثةِ . وفائِدَةُ الخِلَافِ أنَّ الوَصِيَّةَ إذا كانت صَحِيحَةً ،

٥٧/٧ و

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحتى ٢٥٦ ، ٢٥٧ .

(٣) سقط من الأصل ، ا .

(٤) فى الأصل ، م : « من » .

فإجَازَةُ الوَرَثةِ تَنْفِيذٌ وإجَازَةٌ مَحْضَةٌ ، يَكْفِى فيها قولُ الوارِثِ : أَجَزْتُ ، أو أَمْضَيْتُ ، أو نَفَّذْتُ . فإذا قال ذلك ، لَزِمَتِ الوَصِيَّةُ . وإن كانت باطِلَةً ، كانت الإِجَازَةُ هِبَةً مُبْتَدَأَةً ، تَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ ، من اللَّفْظِ والقَبُولِ والقَبْضِ ، كالهِبَةِ المُبْتَدأةِ . ولو رَجَعَ المُجِيزُ قبلَ القَبْضِ فيما[5] يُعْتَبَرُ فيه القَبْضُ ، صَحَّ رُجُوعُه .

فصل : وإن أَسْقَطَ عن وارِثِه دَيْنًا ، أو أَوْصَى بِقَضَاءِ دَيْنِه ، أو أَسْقَطَتِ المَرْأَةُ صَدَاقَها عن زَوْجِها ، أو عَفَا عن جِنَايةٍ مُوجِبُها المالُ ، فهو كالوَصِيَّةِ . وإن عَفَا عن القِصَاصِ ، وقُلنا : الواجِبُ القِصَاصُ عَيْنًا . سَقَطَ إلى غيرِ بَدَلٍ . وإن قُلْنا : الواجِبُ أحَدُ شَيْئَيْنِ . سَقَطَ القِصَاصُ ، وَوَجَبَ المالُ . وإن عَفَا عن حَدِّ القَذْفِ ، سَقَطَ مُطْلَقًا . وإن وَصَّى لِغَرِيمِ وارِثِه ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ . وكذلك إن وَهَبَ له . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وأبو حنِيفةَ . وقال أبو يوسفَ : هو وَصِيَّةٌ للوارِثِ ؛ لأنَّ الوارِثَ يَنْتَفِعُ بهذه الوَصِيَّةِ ، وتُسْتَوْفَى دُيُونُه منها . ولَنا ، أنَّه وَصَّى لأَجْنَبِىٍّ ، فصَحَّ ، كما لو وَصَّى لمن عادَتُه الإِحْسانُ إلى وارِثِه . وإن وَصَّى لِوَلَدِ وارِثِه ، صَحَّ ، فإن كان يَقْصِدُ بذلك نَفْعَ الوارِثِ ، لم يَجُزْ فيما بينه وبينَ اللهِ تعالى . قال طاوُسٌ ، فى قولِه عَزَّ وجَلَّ : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا ﴾[6] قال : أن يُوصِىَ لِوَلَدِ ابْنَتِه ، وهو يُرِيدُ ابنَتَه . / رَوَاه سَعِيدٌ[7] . قال ابن عَبَّاسٍ : الجَنَفُ فى الوَصِيَّةِ والإِضْرَارُ فيها من الكَبائِرِ .

٥٧/٧ ظ

فصل : وإن وَصَّى لكلِّ وارِثٍ بمُعَيَّنٍ من مالِه بِقَدْرِ نَصِيبِه ، كرَجُلٍ خَلَّفَ ابْنًا وبِنْتًا ، وعَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ ، وجارِيَةً قِيمَتُها خَمْسُونَ ، فوَصَّى لِابْنِه بِعَبْدِه ، ولِابْنَتِه بأَمَتِه ، احْتَمَلَ أن تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ حَقَّ الوارِثِ فى القَدْرِ لا فى العَيْنِ ، بِدَلِيلِ ما لو عاوَضَ المَرِيضُ بعضَ وَرَثَتِه أو أَجْنَبِيًّا بجَمِيعِ مالِه ، صَحَّ إذا كان ذلك بِثَمَنِ المِثْلِ ،

---

(٥) فى الأصل ، م : « فما » .

(٦) سورة البقرة ١٨٢ .

(٧) لم نجده فيما طبع من سنن سعيد بن منصور . وأخرجه البيهقى ، فى : باب من قال بنسخ الوصية للأقربين الذين لا يرثونه ... ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦/٢٦٥ ، ٢٦٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب الوصايا . سنن الدارقطنى ٤/١٥٢ .

وإن تَضَمَّنَ فَوَاتَ عَيْنِ المالِ . واحْتَمَلَ أن تَقِفَ على الإجَازَةِ ؛ لأنَّ فى الأعْيانِ غَرَضًا صَحِيحًا ، وكما لا يجوزُ إبْطالُ حَقِّ الوارِثِ فى قَدْرِ حَقِّه ، لا يجوزُ من عَيْنِه .

فصل : وإذا مَلَكَ المَرِيضُ مَن يَعْتِقُ عليه بغيرِ عِوَضٍ ، عَتَقَ ووَرِثَ . وبهذا قال مالِكٌ ، وبعضُ أصْحابِ الشافِعِىِّ . وحكاه الْخَبْرِىُّ مَذْهَبًا للشافِعِىِّ . ولا خِلَافَ بين هؤلاءِ فى أنَّه إذا مَلَكَه بالمِيرَاثِ ، أنَّه يَعْتِقُ ويَرِثُ . وقال أبو حنيفةَ : إن حَمَلَه الثُّلُث ، عَتَقَ ووَرِثَ ، وإلَّا سَعَى فيما بَقِىَ عليه ، ولم يَرِثْ . ولم يُفَرِّقْ بين أن يَمْلِكَه بِعِوَضٍ أو غيرِه . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يُحْتَسَبُ مِيرَاثُهم من قِيمَتِهِم ، فإن فَضَلَ شىءٌ أخَذَه ، وإن فَضَلَ عليهم شىءٌ سَعَوْا فيه . ولَنا ، أنَّ المَرِيضَ لم يَضَعْ فيهم شيئا من مالِه ، وإنَّما تَعَاطَى سَبَبَ مِلْكِهِم على وَجْهٍ لم يَسْتَقِرَّ ، وزَالَ بغيرِ إزَالَتِه ، فلم يُحْتَسَبْ عليه من ثُلُثِه ، كما لو اتَّهَبَ شَيْئًا فرَجَعَ الواهِبُ فيه قبلَ قَبْضِه ، أو اشْتَرَى شَيْئًا فيه غِبْطَةٌ بِشَرْطِ الخِيَارِ ففَسَخَ البائِعُ ، أو وَجَدَ بالثَّمَنِ عَيْبًا ففَسَخَ البَيْعَ ، أو تَزَوَّجَتِ المَرْأةُ فَطُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ . وإذا لم تكُنْ وَصِيَّةً[8] تُحْتَسَبُ عليه من الثُّلُثِ ، لم يُمْنَع المِيرَاثَ ، كما لو ملَكه بالمِيرَاثِ [9]عندَ من سَلَّمه ، أو كما لو كان ذلك فى صِحَّتِه ، فإن[10] مَلَكَه بِعِوَضٍ ، كالشِّرَاءِ[9] ، فحكى الْخَبْرِىُّ عن أحْمَدَ ، أنَّه يعتق ويَرِثُ . وهذا قولُ ابنِ الْماجِشُون ، وأهلِ البَصْرَةِ . وقال القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » : إن مَلَكَه بِعِوَضٍ ، وخَرَجَ من الثُّلُثِ ، عَتَقَ ووَرِثَ ، وإلَّا عَتَقَ منه بِقَدْرِ الثُّلُثِ . وهذا قول مالِكٍ . وقال الخبرىُّ : وهو أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأصْحابِ الشافِعِىِّ . [9]وحكى غيره عن الشافِعِىِّ[9] أنَّه لا فَرْقَ عندَه بين أن يَمْلِكَه بِعِوَضٍ أو غيره ، وأنَّه إن خَرَجَ مِن الثُّلُثِ عَتَقَ ، وإلَّا عَتَقَ منه بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، ولا يَرِثُ فى الحالَيْنِ ؛ لأنه/لو وَرِثَ لكان إعْتاقُه وَصِيَّةً ٥٨/٧ و

---

(٨) فى ا ، م زيادة : « لم » .

(٩ – ٩) سقط من : الأصل .

(١٠) فى ا : « فأما إن » .

لِوَارِثٍ ، فيَبْطُلُ عِتْقُه ، ويَبْطُلُ مِيرَاثُه ، لِبُطْلانِ عِتْقِه ، فيُؤَدِّى تَوْرِيثُه[11] إلى إبْطالِ تَوْرِيثِه ، فصَحَّحْنا عتْقَه و لم نُوَرِّثْه ، لئَلَّا يُفضِىَ إلى ذلك . ومذهبُ أبى حنيفةَ وصاحِبَيْه فى هذا ، كمَذْهَبِهم فيما إذا مَلَكَهُ بِغيرِ عِوَضٍ . ولَنا ، على إعْتاقِه قولُ النبىِّ ﷺ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَهُوَ حُرٌّ »[12] . ولأنَّه مِلْكٌ وُجِدَ معه ما يُنَافِيه ، فبَطَلَ ، كمِلْكِ النِّكَاحِ مع مِلْكِ الرَّقَبةِ ، أعْنِى فيما إذا اشْتَرَى أحَدُ الزَّوْجَيْنِ صاحِبَه : وإذا عَتَقَ وَرِثَ ؛ لأنَّه وُجِد سَبَبُ المِيرَاثِ عَرِيًّا عن المَوَانِعِ ، فورِثَ ، كما لو ورِثَه . وقولُهم : إن عَتْقَه وَصِيَّةٌ . لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ فِعْلُه ، والعِتْقُ هٰهُنا يَحْصُلُ من غيرِ اخْتِيارِه ، ولا إرَادَتِه ، و لأنَّ رقبَةَ المُعْتَقِ لا تَحْصُلُ له ، وإنَّما تَتْلَفُ مالِيَّته وتَزُولُ ، فيَصِيرُ ذلك كتَلَفِه بقَتْلِ بعضِ رَقِيقِه ، أو كإتْلافِ بعضِ[13] مالِه فى بِنَاءِ مَسْجِدٍ ، مثال ذلك ، مَرِيضٌ وُهِبَ له ابْنُه ، فَقبِلَه وقِيمَتُه مائةٌ ، ثم ماتَ المَرِيضُ ، وخَلَفَ ابْنًا آخَرَ ومائتَيْنِ ، فإنَّه يَعْتِقُ ، ويُقَاسِمُ أخَاهُ[14] المائتَيْنِ ، فى قول الأكْثَرِينَ . وعند الشافِعِىِّ ، فيما حكى عنه غيرُ الْخَبْرِىِّ ، يَعْتِقُ ولا يَرِثُ[15] شَيْئًا . وعند صاحِبَىْ أبى حنيفةَ ، يَعْتِقُ وله نِصْفُ التَّرِكَةِ ، فيُحْتَسَبُ عليه بِقيمَتِه ويَبْقَى له خَمْسُونَ . وإن كان باقِى التَّرِكَةِ خَمْسِينَ ، فعندَنا يَعْتِقُ ، وله نِصْفُ الخَمْسِينَ . وهو قولُ مالِكٍ . وعند أبى حنِيفةَ ، يَعْتِقُ نِصْفُه ، ويَسْعَى فى باقِيه ، والخَمْسُونَ كلُّها

---

(11) سقط من : الأصل .

(12) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى من ملك ذا رحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٢/ ٣٥١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من ملك ذا رحم محرم ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/ ١٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر . من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/ ٨٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/ ١٥ ، ١٨ .

(13) سقط من : م .

(14) فى ا زيادة : « فى » .

(15) فى م : « يورث » .

لأخيه . وقال صاحِبَاهُ : يَعْتِقُ ثَلاثَةُ أرْباعِه . وعند الشافِعِىّ ، فى قولِ غيرِ الخَبْرِىّ ، يَعْتِقُ نِصْفُه ، ويَرِقُّ نِصْفُه ، ونصفُه الرَّقِيق والخَمْسُون كلُّها لأخِيه . وإن كان باقِى التَّرِكَة ثَلاثَمائة ، فعندَنا يَعْتِقُ وله مائة وخَمْسُونَ . وعند الشافِعِىّ ، يَعْتِقُ ولا يَرِثُ شَيْئًا . وعند صاحِبَىْ أبى حنيفةَ ، يَعْتِقُ وله مائةٌ . فإن كان اشْتَرَى ابنه بمائةٍ ، وماتَ ، وخَلَّفَ ابْنًا آخَرَ ومائةً أُخرى ، فعلى الرِّوَايةِ الأُولَى ، يَعْتِق ويُقَاسِمُ[16] أخاه المائةَ الباقِيةَ . وعلى ما حَكَاهُ القاضِى ، يَعْتِقُ منه ثُلُثاه ، ويَرِثُ أرْبَعِينَ ، ويَعتِقُ باقِيه على أخِيه ، ولا يَرِثُ بذلك الجُزْءِ شَيْئًا ؛ لأنَّ عِتْقَه حَصَلَ بعد مَوْتِ أبِيه . وعند الشافِعِىّ يَعْتِقُ ثُلُثَاه ، ولا يَرِثُ . / وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثَاه ، ويَسْعَى فى باقِيه ، ولا يَرِثُ . وعند صاحِبَيه ، يَعْتِقُ كلُّه ، ولا يَرِثُ شَيْئًا ، فإن كان قد تَصدَّقَ قبلَ ذلك بِثُلُثِه ، أو حَابَى به ، لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ الثُّلُثَ قد ذَهَبَ .

58/7 ظ

فصل : وإن مَلَكَ من وَرَثَتِه مَن لا يَعْتِقُ عليه ، كبَنِى عَمِّه ، فأَعْتَقَهُم فى مَرَضِه ، فعِتْقُهُم وَصِيَّةٌ ؛ لأنَّه حَصَلَ بفِعْلِه واخْتِيَارِه ، وحُكْمُهُم فى العِتْقِ حُكْمُ الأجانِبِ ، إن خَرَجُوا من الثُّلُثِ عَتَقُوا ، وإلَّا عَتَقَ منهم بقَدْرِ الثُّلُثِ . ويَنْبَغِى أن يَعْتِقُوا ولا يَرِثُوا ؛ لأنَّهم لو وَرِثُوا لَكانت وَصِيَّةً لِوارِثٍ ، فيَبْطُلُ عِتْقُهُم ، ثم يَبْطُلُ مِيرَاثُهُم . وقد قال أبو الخَطَّابِ ، فى رَجُلٍ مَلَكَ ابنَ عَمِّه ، فأَقَرَّ فى مَرَضِه أنَّه كان أعْتَقَه فى صِحَّتِه : عتقَ ، ولم يَرِثْ . وهذا فى مَعْنَى ما ذَكَرْنا ؛ لأنَّ إقْرارَه لوارِثٍ غيرُ مَقْبُولٍ ، فمَنَعْنا مِيرَاثَه لِيُقْبَلَ إقْرارُه له بالإعْتَاقِ .

فصل : مَرِيضٌ اشْتَرَى أباه بألْفٍ ، لا مالَ له سِوَاهُ ، فعلى رِوَايةِ الخَبْرِىّ[17] ، يَعْتِقُ كلُّه . وعلى القولِ الآخرِ يَعْتِقُ ثُلُثُه على[18] المُعْتِقِ ، ويَعْتِقُ باقِيه على ابْنِه . وهذا قولُ مالِكٍ . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثُه ، ويَسْعَى لِلابْنِ فى ثُلُثَيْه . وعلى قولِ

---

(16) فى م : « ويقسم » .
(17) فى ا ، م : « الخبر » .
(18) فى م : « وعلى » .

صاحِبَيْه ، يَعتِقُ سُدُسُه ، ويَسْعَى فى خَمْسَةِ أسْدَاسِه . وقيل على قِياسِ قولِ الشافِعِىِّ : يُفْسَخ الشِّراء ، إلَّا أن يُجيزَ الابْنُ عِتْقَه . وقيل : يَعْتِقُ ثُلُثُه . ويُفْسَخُ البَيْع فى ثُلُثَيْه . وإن خلفَ أَلْفَيْنِ سِواهُ ، عَتَق ، ووَرِثَ سُدُسَهما . وبه قال مالِكٌ ، وأبو حنِيفةَ . وفى قولِ صاحِبَيْه ، يَعْتِقُ نِصْفُه ، ويَسْعَى فى قِيمَةِ نِصْفِه .

فصل : وإذا وُهِبَ لإنْسانٍ[19] أبوه ، أو وُصِّىَ له به ، اسْتحبَّ له أن يَقْبَلَه ، و لم يَجِبْ . وهذا قول الشافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يَجبَ عليه قَبُولُه ؛ لأنَّ فيه إعْتاقًا لأَبِيه من غيرِ الْتِزامِ[20] مالٍ . ولَنا ، أنَّه اسْتِجْلابُ مِلْكٍ[21] الأَبِ ، فلم يَلْزَمْه ، كما لو بُذِلَ له بِعِوَضٍ ، أو كما لو بُذِلَ له ابنُه أو غيرُه من أقارِبِه ، ولأنَّه يَلْزَمُه ضَرَرٌ بلُحُوقِ المِنَّةِ به ، وتَلْزَمُه نَفَقتُه و كُسْوَتُه .

فصل : إذا وَصَّى لِوارِثِه وأجْنَبِىٍّ بثُلُثِه ، فأجازَ سائِرُ الوَرَثَةِ وَصِيَّةَ الوارِثِ ، فالثُّلُثُ بينهما . وإن وَصَّى لكلِّ واحِدٍ منهما بمُعَيَّنٍ قِيمَتُهما الثُّلُثُ ، فأجازَ سائِرُ الوَرَثَةِ وَصِيَّةَ الوارِثِ ، جازَتِ الوَصِيَّةُ[22] لهما . وإن رَدُّوا ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ الوارِثِ فى المَسْأَلَتَيْنِ ، وللأَجْنَبِىِّ السُّدُسُ فى الأُولَى ، والمُعَيَّنُ المُوصَى له به / فى الثانِيَةِ . وهذا قول مالِكٍ ، والشافِعِىِّ وأبى ثَوْرٍ[23] ، وأصْحابِ الرأى ، وغيرِهم . وإن كانت الوَصِيَّتانِ بثُلُثَىْ مالِه ، فأجازَ الوَرَثَةُ لهما ، جازَتْ لهما . وإن عَيَّنُوا نَصِيبَ الوارِثِ بالرَّدِّ وحدَه ، فلِلأَجْنَبِىِّ الثُّلُثُ كامِلًا ؛ لأنَّهم خصُّوا الوارِثَ بالإبْطالِ ، فالثُّلُثُ كلُّه للأَجْنَبِىِّ ، وسَقَطَتْ وَصِيَّةُ الوارِثِ ، فصارَ كأنَّه لم يُوصِ له . وإن أَبْطَلُوا الزائِدَ عن الثُّلُثِ من غيرِ تَعْيِينِ نَصِيبِ أحَدِهما ، فالثُّلُثُ الباقِى بين الوَصِيَّيْنِ ، لكلِّ واحِدٍ منهما السُّدُسُ .

٥٩/٧ و

---

(١٩) فى ا ، م : « الإنسان » .

(٢٠) فى ا : « إلزام » .

(٢١) فى م زيادة : « على » .

(٢٢) فى ا : « الوصيتان » .

(٢٣) سقط من : م .

هذا الذى ذَكَرَه القاضى . وهو قول مالِكٍ ، والشافِعِىّ . وذلك لأنَّ الوارِثَ يُزاحِمُ الأجْنَبِىَّ ، إذا أجازَ الوَرَثةُ الوَصِيَّتَيْنِ ، فيكونُ لكلِّ واحِدٍ منهما الثُّلُثُ ، فإذا أبْطَلُوا نِصْفَهُما بالرَّدِّ ، كان البُطْلانُ راجعًا إليهما ، وما بَقِىَ منهما بينهما ، كما لو تَلِفَ ذلك بغير الرَّدِّ . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ أنَّ الثُّلُثَ جَمِيعَه للأجْنَبِىِّ . وحُكِىَ نحو هذا عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّهم لا يَقْدِرُونَ على إبْطالِ الثُّلُثِ فما دون إذا كان للأجْنَبِىِّ ، ولو جَعَلْنا الوَصِيَّةَ بينهما لمَلَكُوا إبْطالَ ما زادَ على السُّدُسِ ، فإن صَرَّحَ الوَرَثةُ بذلك ، فقالوا : أجَزْنَا الثُّلُثَ لكُما ، ورَدَدْنا ما زادَ عليه فى وَصِيَّتِكُما . أو قالوا : رَدَدْنا من وَصِيَّةِ كلِّ واحِدٍ منكما نِصْفَها ، وبَقَّيْنا له نِصْفَها . كان ذلك آكَدَ فى جَعْلِ السُّدُسِ لكلِّ واحِدٍ منهما ؛ لِتَصرِيحِهِم به ، وإن قالوا : أجَزْنا وَصِيَّةَ الوارِثِ كلَّها ، ورَدَدْنا نِصْفَ وَصِيَّةِ الأجْنَبِىِّ . فهو على ما قالوا ؛ لأنَّ لهم أن يُجِيزُوا لهما ويَرُدُّوا[24] عليهما ، فكان لهم أن يُجِيزُوا لأحَدِهِما ويَرُدُّوا على الآخَرِ . وإن أجازُوا للأجْنَبِىِّ جَمِيعَ وَصِيَّته ، ورَدُّوا على الوارِثِ نِصْفَ وَصِيَّته ، جازَ ، كما قُلْنا . وإن أرادُوا أن يَنْقُصُوا الأجْنَبِىَّ عن نِصْفِ وَصِيَّته ، لم يَمْلِكُوا ذلك ، سواءٌ أجازُوا لِلوارِثِ أو رَدُّوا عليه . فإن رَدُّوا جَمِيعَ وَصِيَّةِ الوارِثِ ، ونَصْفَ وَصِيَّةِ الأجْنَبِىِّ ، فعلى قولِ القاضى ، لهم ذلك ؛ لأنَّ لهم أن يُجِيزُوا الثُّلُثَ لهما ، فيَشْتَرِكانِ فيه ، ويكونُ لكلِّ واحِدٍ منهما نِصْفُه ، ثم إذا رَجَعُوا فيما لِلوارِثِ ، لم يَزِدِ الأجْنَبِىُّ على ما كان له فى حالةِ الإجازَةِ للوارِثِ . وعلى قول أبى الخَطَّابِ ، يَتَوَفَّرُ الثُّلُثُ كلُّه للأجْنَبِىِّ ؛ لأنَّه إنما يُنْتَقَصُ[25] منه بمُزاحَمَةِ الوارِثِ ، فإذا زالَتِ المُزاحَمَةُ ، وَجَبَ تَوْفِيرُ الثُّلُثِ عليه[26] ؛ لأنَّه قد أوْصَى له به . ولو خَلَّفَ ابْنَيْنِ ، ووَصَّى لهما بِثُلُثَىْ مالِه ، ولأجْنَبِىٍّ / بالثُّلُثِ ، فرَدَّا الوَصِيَّةَ . فقال أبو الخَطَّابِ : عندى للأجْنَبِىِّ الثُّلُثُ كامِلًا . وعند القاضى ، له التُّسْعُ . ويَجِىءُ فيه من الفُرُوعِ مثلُ ما ذَكَرْنا فى التى قبلَها .

٥٩/٧ ظ

(٢٤) فى ا : « ولهم أن يردوا » .

(٢٥) فى م : « ينقص » .

(٢٦) سقط من : ا ، م .

فصل : وإن وَصَّى بِثُلُثِه لوارِثٍ وأجْنَبِيٍّ ، وقال : إن رَدُّوا وَصِيَّةَ الوارِثِ فالثُّلُثُ كلُّه للأَجْنَبِيِّ . (٢٧فرَدُّوا وَصيَّةَ الوارِثِ ، فالثُّلُثُ كلُّه للأجْنَبِيِّ٢٧) ، كما وَصَّى . وإن أجازُوا للوَارِثِ ، فالثُّلُثُ بينهما ؛ لأنَّ الوَصِيّةَ تَتَعلَّقُ بالشَّرْطِ . ولو قال : أوْصَيْتُ لفلانٍ بثُلُثِى ، فإن ماتَ قبلِى فهو لِفُلانٍ . صَحَّ . وإن قال : وَصَّيْتُ بِثُلُثِى لفلانٍ ، فإن قَدِمَ فلانٌ الغائِبُ فهو له . صَحَّ ، فإن قَدِمَ الغائِبُ قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، صارَ هو الوَصِىَّ ، وبَطَلَتْ وَصِيَّةُ الأَوَّلِ ، سواءٌ عادَ إلى الغَيْبةِ أو لم يَعُدْ ؛ لأنَّه قد وُجِدَ شَرْطُ انْتِقالِ الوَصِيَّةِ إليه ، فلم يَنْتَقِلْ عنه بعدَ ذلك . وإن ماتَ المُوصِى قبلَ قُدُومِ الغائِبِ ، فالوَصِيَّةُ للحاضِرِ ، سواءٌ قَدِمَ الغائِبُ بعدَ ذلك أو لم يَقْدَمْ . ذَكَرَه القاضى ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ ثَبَتَتْ لِوُجُودِ شَرْطِها ، فلم تُنْقَلْ عنه ، كما لو لم يَقْدَمْ . ويَحْتَمِلُ أنَّ الغائِبَ إن قَدِمَ بعدَ المَوْتِ ، كانت الوَصِيَّةُ له ؛ لأنَّه جَعَلَها له بِشَرْطِ قُدُومِه ، وقد وُجِدَ ذلك .

فصل : وإن وَصَّى لوارِثٍ[٢٨] ، فأجازَ بعضُ باقِى الوَرَثَةِ الوَصِيَّةَ دون البعضِ ، نَفَذَ فى نَصِيبِ مَن أجازَ ، دون مَنْ لم يُجِزْ . وإن أجازُوا بعضَ الوَصِيَّةِ دون بعضٍ ، نَفَذَتْ فيما أجازُوا دون ما لم يُجِيزُوا . فإن أجازَ بعضُهم بعضَ الوَصِيَّةِ ، وأجازَ بعضُهم جَميعها ، أو رَدَّها ، فهو على ما فعَلُوا من ذلك . فلو خَلَّفَ ثَلاثةَ بَنِين وعَبْدًا ، لا يَمْلِكُ غيرَه ، فوَصَّى به لأحَدِهم ، أو وَهَبَه إيّاهُ فى مَرَضِ مَوْتِه ، وأجازَه له أخَواهُ ، فهو له ، وإن أجازَ له أحَدُهما وحدَه ، فله ثُلُثاه ، وإن أجازا له نِصْفَ العَبْدِ ، فله نِصْفُه ، ولهما نِصْفُه ، وإن أجازَ أحَدُهما له نِصْفَ نَصِيبِه ، ورَدَّ الآخَرُ ، فله النِّصْفُ كامِلًا ؛ الثُّلُثُ نَصِيبُه ، والسُّدُسُ من نَصِيبِ المُجِيزِ ، وإن أجازَ كلُّ واحِدٍ منهما له نِصْفَ نَصِيبِه ، كَمَلَ له الثُّلُثانِ ، وإن أجازَ له أحَدُهما نِصْفَ نَصِيبِه ، والآخَرُ ثَلاثَةَ أرْباعِ نَصِيبِه ، كَمَلَ له ثَلاثَةُ أرْباعِ العَبْدِ . وإن وَصَّى بالعَبْدِ لاثْنَيْنِ منهما ، فلِلثّالِثِ أن يُجِيزَ لهما ، أو يَرُدَّ عليهما ، أو يُجِيزَ لهما بعضَ وَصِيَّتِهما ، إن شاءَ / مُتَساوِيًا ، وإن شاءَ مُتَفاضِلًا ، ٦٠/٧ و

(٢٧ - ٢٧) سقط من : م .

(٢٨) فى ا : « لوارثه » .

أو يَرُدَّ على أحَدِهما ، ويُجيزَ للآخَرِ وَصِيَّته كلَّها أو بعضَها ، أو يُجيزَ لأحَدِهما جَمِيعَ وَصِيَّتِهِ ، وللآخَرِ بعضَها ، فكلُّ ذلك جائِزٌ ؛ لأنَّ الحَقَّ له ، فكيفما شاءَ فَعَلَ فيه .

٩٥٦ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أَوْصَى لِغَيْرِ وَارِثٍ بأكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ ، فَأجَازَ ذٰلِكَ الْوَرَثَةُ بَعْدَ مَوْتِ المُوصِى ، جازَ ، وإنْ لم يُجِيزُوا ، رُدَّ إلَى الثُّلُثِ**)

وجملةُ ذلك أن الوَصِيَّةَ لغيرِ الوارِثِ تَلْزَمُ فى الثُّلُثِ من غير إجَازَةٍ ، وما زادَ على الثُّلُثِ يَقِفُ على إجَازَتِهِم ، فإن أجازُوه جازَ ، وإن رَدُّوه بَطَلَ . فى قولِ جَمِيعِ العُلَماءِ . والأصْلُ فى ذلك قولُ النبىِّ ﷺ لِسَعْدٍ حينَ قال : أُوصِى بمالِى كلِّه ؟ قال : « لَا » . قال : فبالثُّلُثَيْنِ ؟ قال : « لَا » . قال : فبالنِّصْفِ ؟ قال : « لَا » . قال : فبالثُّلُثِ ؟ قال : « الثُّلُثُ ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ »[1] . وقولُه عليه السَّلَامُ : « إنَّ اللهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أمْوالِكُمْ عِنْدَ مَمَاتِكُمْ »[2] . يَدُلُّ على أنَّه لا شىءَ له فى الزَّائِدِ عليه . وحَدِيثُ عِمْرانَ بن حُصَيْنٍ فى المَمْلُوكِينَ الذين أعْتَقَهُم المَرِيضُ ، ولم يكُنْ له مالٌ سِوَاهُم ، فدَعَا بهم النبىُّ ﷺ ، فجَزَّأَهُم ثَلَاثَةَ أجْزاءٍ ، وأقْرَعَ بينهم ، فأعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وأرَقَّ أرْبَعَةً ، وقال له قولًا شَدِيدًا[3] ، يَدُلُّ أيضا على أنَّه لا يَصِحُّ تَصَرُّفُه فيما عدا الثُّلُثَ ، إذا لم يُجِزِ الوَرَثَةُ ، ويَجُوزُ بإجازَتِهِم ؛ لأنَّ الحَقَّ لهم . والقولُ فى بُطْلانِ الوَصِيَّةِ بالزَّائِدِ عن الثُّلُثِ[4] ، كالقولِ فى الوَصِيَّةِ لِلوارِثِ ، على ما ذَكَرْنا . وهل إجازَتُهُم تَنْفِيذٌ أو عَطِيَّةٌ مُبْتَدَأةٌ ؟ فيه اخْتِلَافٌ ذَكَرْناه فى الوَصِيَّةِ للوَارِثِ . والخِلَافُ فيه مَبْنِىٌّ على أنَّ الوَصِيَّةَ به ، أو العَطِيَّةَ له[5] ، فى مَرَضِ المَوْتِ المَخُوفِ ، صَحِيحَةٌ مَوْقُوفَةٌ على الإجازَةِ ، أو باطِلَةٌ ؟ فظاهِرُ المَذْهَبِ أنَّها صَحِيحَةٌ ، وأنَّ الإجازَةَ تَنْفِيذٌ مُجَرَّدٌ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى : ٣٧/٦ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٢ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٥ .

(٤) فى ا زيادة : « وصحتها » .

(٥) سقط من : م .

يَكْفِى فيه قولُ المُجيزِ : أجَزْتُ ذلك . أو أنْفَذْتُه . أو نحوه من الكَلَامِ ، ولا يَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ . ويَتَفرَّعُ عن هذا الخِلَافِ أنَّه لو أعْتَقَ عَبْدًا لا مالَ له سِوَاهُ فى مَرَضِه ، أو وَصَّى بإعْتاقِه ، فأعْتَقُوه بوَصِيَّته ، فقد نفَذَ العِتْقُ فى ثُلُثِه ، ووَقَفَ عِتْقُ باقِيه على إجَازَةِ الوَرَثَةِ ، فإن أجازُوه ، عَتَقَ جَمِيعُه ، واخْتَصَّ عَصَبَاتُ المَيِّتِ بوَلَائِه كلِّه ، إذا قُلْنا بِصِحَّةِ إعْتاقِه وَوَصِيَّته . وإن قُلْنا : هى باطِلَةٌ ، والإِجازَةُ عَطِيَّةٌ مُبْتَدأةٌ . اخْتَصَّ عَصَباتُ المَيِّتِ/ بثُلُثِ وَلَائِه ، وكان ثُلُثاهُ لِجَمِيعِ الوَرَثَةِ بينهم على قَدْرِ مِيراثِهِم ؛ لأنَّهم باشَرُوه بالإعْتاقِ . وكذلك لو تَبرَّعَ بثُلُثِ مالِه فى مَرَضِه ، ثم أعْتَقَ ، أو وَصَّى بالإعْتاقِ ، فالحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنا . ولو أوْصَى لِابنِ وارِثِه بعدَ تَبرُّعِه بثُلُثِ مالِه ، أو أعْطاه عَطِيَّةً فى مَرَضِه ، فأجازَ أبُوه وَصِيَّته وعَطِيَّته ، ثم أرادَ الرُّجُوعَ فيما أجازَه ، فله ذلك إن قُلْنا : هى عَطِيَّةٌ مُبْتَدأةٌ . وليس له ذلك على القولِ بأنَّها إجازَةٌ مُجَرَّدَةٌ . ولو تَزَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَةَ عَمِّه ، فأوْصَتْ له بوَصِيَّةٍ أو عَطِيَّةٍ فى مَرَضِ مَوْتِها ، ثم ماتَتْ وخَلَّفَتْه وأباه ، فأجازَ أبُوه وَصِيَّته وعَطِيَّته ، فالحُكْمُ فيه على ما ذَكَرْنا . ولو وَقَفَ فى مَرَضِه على وَرَثَتِه ، فأجازُوا الوَقْفَ ، صَحَّ إن قُلْنا : إجازَتُهم تَنْفِيذٌ . و لم يَصِحَّ إن قُلْنا : هى عَطِيَّةٌ مُبْتَدأةٌ . ولأنَّهم يكونُون واقِفِينَ على أنْفُسِهم . ولا فَرْقَ فى الوَصِيَّةِ بين المَرَضِ والصِّحَّةِ ، وقد رَوَى حَنْبَلٌ ، عن أحمدَ ، أنَّه قال : إن أوْصَى فى المَرَضِ فهو من الثُّلُثِ ، وإن كان صَحِيحًا فله أن يُوصِىَ بما شَاءَ . يعنى به العَطِيَّةَ . قالَه القاضى . أمَّا الوَصِيَّةُ فإنَّها عَطِيَّةٌ بعد المَوْتِ ، فلا يجوزُ منها إلَّا الثُّلُثُ على كلِّ حالٍ .

٦٠/٧ ظ

فصل : ولا يُعْتَبَرُ الرَّدُّ والإجازَةُ إلَّا بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، فلو أجازُوا قبلَ ذلك ، ثم رَدُّوا ، أو أذِنُوا لِمَوْرُوثِهم فى حَياتِه بالوَصِيَّةِ بجَمِيعِ المالِ ، أو بالوَصِيَّةِ لبعضِ وَرَثَتِه ، ثم بَدَا لهم فرَدُّوا بعدَ وَفَاتِه ، فلهم الرَّدُّ ، سواءٌ كانت الإجازَةُ فى صِحَّةِ المُوصِى أو مَرَضِه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوَايةِ أبى طالِبٍ . ورُوِى ذلك عن ابنِ مسعودٍ . وهو قول شُرَيْحٍ ، وطاوُسٍ ، والحَكَمِ ، والثَّوْرِىِّ ، والحَسَنِ بن صالِحٍ ، والشافِعِىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأبى حنيفةَ ، وأصْحابِه . وقال الحَسَنُ ، وعَطَاءٌ ، وحَمَّادُ

ابن أبى سليمانَ ، وعبدُ المَلِكِ بن يَعْلَى ، والزُّهْرِىُّ ، ورَبِيعَةُ[٦] ، والأَوْزَاعِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى : ذلك جائزٌ عليهم ؛ لأنَّ الحَقَّ لِلْوَرَثةِ ، فإذا رَضُوا بتَرْكِه سَقَطَ حَقُّهُم ، كما لو رَضِىَ المُشْتَرِى بالعَيْبِ . وقال مالِكٌ : إن أَذِنُوا له فى صِحَّتِه ، فلهم أن يَرْجِعُوا ، وإن كان ذلك فى مَرَضِه ، وحين يُحْجَبُ عن مالِه ، فذلك جائِزٌ عليهم . ولَنا ، أنَّهم أَسْقَطُوا حُقُوقَهُم فيما لم [٧]يَمْلِكُوه ، فلم[٧] يَلْزَمْهُمْ ، كالمَرْأةِ إذا أسْقَطَتْ صَدَاقَها قبلَ النِّكَاحِ ، أو أَسْقَطَ الشَّفِيعُ حَقَّه من الشُّفْعةِ قبلَ البَيْعِ ، ولأنَّها حالةٌ لا يَصِحُّ فيها رَدُّهُم لِلْوَصِيَّةِ ، فلم يَصِحَّ فيها / إجازَتُهُم ، كما قبلَ الوَصِيَّةِ . ٦١/٧ و

فصل : وإذا أَوْصَى بأكْثَرَ من الثُّلُثِ ، فأجازَ الوارِثُ الوَصِيَّةَ ، وقال[٨] : إنَّما أجَزْتُها ظَنًّا أنَّ المالَ قَلِيلٌ ، فبانَ كَثِيرًا . فإن كانت للمُوصِى بَيِّنةٌ تَشْهَدُ باعْتِرافِه بمَعْرِفةِ قَدْرِ المالِ ، أو كان المالُ ظاهِرًا لا يَخْفَى عليه ، لم يُقْبَلْ قولُه ، إلَّا على قولِ مَن قال : الإِجازَةُ هِبَةٌ مُبْتَدَأةٌ . فله الرُّجُوعُ فيما يجوزُ الرُّجُوعُ فى الهِبَةِ فى مثلِه . وإن لم تَشْهَدْ بَيِّنةٌ باعْتِرَافِه بذلك ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الإِجازَةَ تَنَزَّلَتْ مَنْزِلَةَ الإِبراءِ ، فلا يَصِحُّ فى المَجْهُولِ ، والقولُ قولُه فى الجَهْلِ به مع يَمِينِه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ العِلْمِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ قَوْلُه ؛ لأنَّه أجازَ عَقْدًا له الخِيَارُ فى فَسْخِه ، فبَطَلَ خِيَارُه ، كما لو أجازَ البَيْعَ مَنْ له الخِيَارُ فى فَسْخِه بِعَيْبٍ أو خِيَارٍ . وإن أَوْصَى بمُعَيَّنٍ ، كعَبْدٍ أو فَرَسٍ يَزِيدُ على الثُّلُثِ ، فأجازَ الوَصِيَّةَ بها[٦] ، ثم قال : ظَنَنْتُ المالَ كَثِيرًا تَخْرُجُ الوَصِيّةُ من ثُلُثِه ، فبانَ قَلِيلًا ، أو ظَهَرَ عليه دَيْنٌ لم أعْلَمْهُ . لم تَبْطُلِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ العَبْدَ مَعْلُومٌ لا جَهالَةَ فيه . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ الفَسْخَ ؛ لأنَّه قد يَسْمَحُ بذلك ظَنًّا منه أنَّه يَبْقَى له من المالِ ما يَكْفِيه ، فإذا بانَ خِلافُ ذلك ، لَحِقَهُ الضَّرَرُ فى الإِجازَةِ ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ كالمَسْأَلِةِ التى[٦] قبلَها .

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧ - ٧) سقط من : الأصل .

(٨) فى ا : « ثم قال » .

فصل : ولا تَصِحُّ الإجَازَةُ إلَّا من جائِزِ التَّصرُّفِ . فأمَّا الصَّبِىُّ والمَجْنُونُ والمَحْجُورُ عليه لِسَفَهٍ ، فلا تَصِحُّ الإجازَةُ منهم ؛ لأنَّها تَبَرُّعٌ بالمالِ ، فلم تَصِحَّ منهم ، كالهِبَةِ . وأمَّا المَحْجُورُ عليه لِفَلَسٍ ، فإن قُلنا : الإجَازَةُ هِبَةٌ . لم تَصِحَّ منه ؛ لأنَّه ليس له هِبَةُ مالِه . وإن قُلْنا : هى تَنْفِيذٌ . صَحَّتْ .

٩٥٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أُوصِىَ لَهُ ، وَهُوَ فِى الظَّاهِرِ وَارِثٌ ، فَلَمْ يَمُتِ الْمُوصِى حَتَّى صَارَ المُوصَى لَهُ غَيْرَ وارِثٍ ، فَالْوَصِيَّةُ له ثابِتَةٌ ؛ لِأَنَّ اعْتِبارَ الوَصِيَّةِ بالْمَوْتِ**)

لا نَعْلَمُ خِلَافًا بين أهْلِ العِلْمِ ، فى أن اعْتِبارَ الوَصِيَّةِ بالمَوْتِ ، فلو أُوْصَى لِثَلَاثةِ إخْوَةٍ له مُتَفَرِّقِينَ ، ولا وَلَدَ له ، وماتَ قبلَ أن يُولَدَ له وَلَدٌ[1] ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ لغيرِ الأخِ من الأبِ ، إلَّا بالإجازَةِ من الوَرَثَةِ . وإن وُلِدَ له ابْنٌ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ لهم جَمِيعًا من غيرِ إجازَةٍ ، إذا لم تَتَجاوَز الوَصِيَّةُ الثُّلُثَ . وإن وُلِدَتْ له بِنْتٌ ، جازَتِ الوَصِيَّةُ لأَخِيه من أبِيه وأخِيه / من أُمِّه ، فيكونُ لهما ثُلُثَا المُوصَى به بينهما نِصْفَيْنِ ، ولا يجوزُ للأخِ من الأبَوَيْنِ ؛ لأنَّه وارِثٌ . وبهذا يقول الشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرأى ، وغيرُهم . ولا نَعْلَمُ عن غيرهم خِلَافَهُم . ولو أُوْصَى لهم ، وله ابنٌ ، فماتَ ابْنُه قبلَ مَوْتِه ، لم تَجُزِ الوَصِيَّةُ لأخِيه من أبَوَيْه ، ولا لأَخِيه من أُمِّه ، وجازَتْ لأَخِيه من أبِيه . فإن ماتَ الأَخُ من الأبَوَيْنِ قبلَ مَوْتِه ، لم تَجُزْ[2] للأَخِ من الأَبِ أيضا ؛ لأنَّه صارَ وارِثًا .

٦١/٧ ظ

فصل : ولو أوْصَى لِامْرَأةٍ أجْنَبِيَّةٍ ، أو أُوْصَتْ له ، ثم تَزَوَّجها ، لم تَجُزْ وَصِيَّتُهُما

---

(١) سقط من : ا .

(٢) فى ا زيادة : « الوصية » .

إلَّا بالإجَازَةِ من الوَرَثةِ . وإن أوْصَى أحَدُهما للآخَرِ ، ثم طَلَّقَها ، جازَتِ الوَصِيَّةُ ، لأنَّه صارَ غيرَ وارِثٍ ، إلَّا أنَّه إن طَلَّقَها فى مَرَضِ مَوْته ، فقِيَاسُ المَذْهَبِ أنَّها لا تُعْطَى أكْثَرَ من مِيرَاثِها ؛ لأنَّه يُتَّهَمُ فى أنَّه طَلَّقَها لِيُوصِلَ إليها مالَه بالوَصِيَّةِ ، فلم يُنَفَّذْ لها ذلك ، كما لو طَلَّقَها فى مَرَضِ مَوْتِه أو أوْصَى لها بأكْثَرَ ممَّا كانت تَرِثُ .

فصل : وإن أعْتَقَ أمَتَه فى صِحَّتِه ، ثم تَزَوَّجَها فى مَرَضِه ، صَحَّ ، ووَرِثَتْه بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه . وإن أعْتَقَها فى مَرَضِه ، ثم تَزَوَّجَها ، وكانت تَخْرُجُ من ثُلُثِه ، فنَقَلَ المَرُّوذِىُّ عن أحمدَ ، أنَّها تَعْتِقُ وتَرِثُ . وهذا اخْتِيارُ أصْحابِنا . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّها امْرأةٌ نِكَاحُها صَحِيحٌ ، ولم يُوجَدْ فى حَقِّها مانِعٌ من موانِعِ الإرْثِ ، وهى الرِّقُّ والقَتْلُ واخْتِلَافُ الدِّينِ ، فتَرِثُ ، كما لو كان / أعْتَقَها فى صِحَّتِه[3] . وقال الشافِعِىُّ : تَعْتِقُ ولا تَرِثُ ؛ لأنَّها لو وَرِثَتْ لَكان إعْتاقُها وَصِيَّةً لِوَارِثٍ ، فيُؤَدِّى تَوْرِيثُها إلى إسْقاطِ تَوْرِيثِها ؛ لأنَّ ذلك يَقْتَضِى إبْطالَ عِتْقِها ، فيَبْطُلُ نِكَاحُها ثم يَبْطُلُ إرْثُها ، فكان إبْطَالُ الإرْثِ وحدَه وتَصْحِيحُ العِتْقِ والنِّكَاحِ أوْلَى .

1/6 و

فصل : وإن أعْتَقَ أمَةً لا يَمْلِكُ غيرَها ، ثم تَزَوَّجَها ، فالنِّكَاحُ صَحِيحٌ فى الظاهِرِ . فإن ماتَ ، ولم يَمْلِكْ شَيْئًا آخَرَ ، تَبَيَّنَ أنَّ نِكَاحَها باطِلٌ ، ويَسْقُطُ مَهْرُها إن كان لم يَدْخُلْ بها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والشَّافِعِىِّ . ويَعْتِقُ منها ثُلُثُها ، ويَرِقُّ ثُلُثَاها . فإن كان قد دَخَلَ بها ومَهْرُها نِصْفُ قِيمَتِها ، عَتَقَ منها ثَلَاثَةُ أسْباعِها ، ويَرِقُّ أرْبعةُ أسْباعِها . وحِسَابُ ذلك أن تقول : عَتَقَ منها شىءٌ ، ولها بصَدَاقِها نِصْفُ شىءٍ ، ولِلوَرَثةِ شَيْئانِ ، فيُجْمَعُ ذلك فيكونُ ثَلَاثَةَ أشْياءٍ ونِصْفًا ، نَبْسُطُها فتكونُ سَبْعَةً ، لها منها ثَلَاثَةٌ ، ولهم أرْبَعَةٌ ، ولا شىءَ للمَيِّتِ سِوَاها ، فنَجْعَلُ لِنَفْسِها منها ثَلَاثَةَ أسْباعِها يكون حُرًّا والباقى لِلوَرَثةِ . وإن أحَبَّ الوَرَثةُ أن يَدْفَعُوا إليها حِصَّتَها من مَهْرِها ، وهو سُبْعَاه ، ويُعْتَقُ منها سُبْعَاها

---

(3) فى م : « صحتها » .

ويَسْتَرِقُّوا خَمْسَةَ أسْباعِها ، فلهم ذلك . وهذا مذهبُ الشافِعِيِّ . وقال أبو حنيفةَ : يُحسَبُ مَهْرُها من قِيمَتِها ، ولها ثُلُثُ الباقِى ، وتَسْعَى فيما بَقِىَ وهو ثُلُثُ قِيمَتِها . فإن كان يَمْلِكُ مع الجارِيَةِ قَدْرَ نِصْفِ قِيمَتِها ، ولم يَدْخُلْ بها ، عَتَقَ منها نِصْفُها ، ورَقَّ نِصْفُها ؛ لأنَّ نِصْفَها هو ثُلُثُ المالِ ، وإن دَخَلَ بها ، عَتَقَ منها ثلاثةُ أسْباعِها ، ولها ثلاثةُ أسْباعِ مَهْرِها ، وإنَّما قلَّ العِتْقُ فيها لأنَّها لمّا أخذَتْ ثَلاثةَ أسْباعِ مَهْرِها ، نَقَصَ المالُ به ، فيَعْتِقُ منها ثُلُثُ الباقِى ، وهو ثَلاثَةُ أسْباعِها . وحِسَابُها أن تقولَ : عَتَقَ منها شىءٌ ، ولها بمَهْرِها نِصْفُ شىءٍ ، وللوَرَثةِ شَيْئانِ ، يَعْدِلُ ذلك الجارِيَةَ ونِصْفَ قِيمَتِها ، فالشىءُ سُبْعاها وسُبْعَا نِصْفِ قِيمَتِها وهو ثَلاثةُ أسْباعِه ، فهو / الذى عَتَقَ منها ، وتَأْخُذُ نِصْفَ ذلك من المالِ بمَهرِها ، وهو ثَلاثةُ أسباعِه . فإن كان يَمْلِكُ معها مثلَ قِيمَتِها ، ولم يَدْخُلْ بها ، عَتَقَ ثُلُثَاها ، ورَقَّ ثُلُثُها ، وبَطَلَ نِكَاحُها . وإن كان دَخَلَ بها عَتَقَ أرْبعةُ أسْباعِها ، ولها أرْبعةُ أسْباعِ مَهْرِها ، ويَبْقَى لِلوَرَثةِ ثَلاثةُ أسْباعِها وخَمْسَةُ أسْباعِ قِيمَتِها ، وذلك يَعْدِلُ مِثْلَى ما عَتَقَ منها . وحِسَابُها أن تَجْعَلَ السَّبْعَةَ الأشْياءَ مُعَادِلَةً لها ولِقِيمَتِها ، فيَعْتِقَ منها بِقَدْرِ سُبْعَيِ الجَمِيعِ ، وهو أرْبعةُ أسْباعِها ، وتَسْتَحِقُّ سُبْعَ الجَمِيعِ بمَهْرِها ، وهو أرْبعةُ أسْباعِ مَهْرِها . وإن كان يَمْلِكُ معها مِثْلَىْ قِيمَتِها ، عَتَقَتْ كلُّها ، وَصحَّ نِكَاحُها ؛ لأنَّها تَخْرُجُ من الثُّلُثِ إن أسْقَطَتْ مَهْرَها ، وإن أبَتْ أن تُسْقِطَه ، لم يَنْفُذْ عِتْقُها ، وبَطَلَ[4] نِكَاحُها ، فإن كان لم يَدْخُلْ بها ، فيَنْبَغِى أن يُقْضَى بعِتْقِها ونِكَاحِها ، ولا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ إيجَابَه يُفْضِى إلى إسْقاطِه وإسْقاطِ عِتْقِها ونِكَاحِها ، فإسْقاطُه وحدَه أوْلَى . وإن كان قد دَخَلَ بها ، عَمِلْنا فيها على ما تَقَدَّمَ ، فيَعْتِقُ سِتَّةُ أسْباعِها ، ولها سِتَّةُ أسْباعِ مَهْرِها ، ويَبْطُلُ عِتْقُ سُبْعِها ونِكَاحُها . ولو أعْتَقَها ، ولم يَتَزَوَّجْها ، ووَطِئَها ، كان العَمَلُ فيها فى هذه المَواضِعِ كما لو تَزَوَّجَها . وهذا مذهبُ الشافِعِيِّ . وذَكَرَ القاضى فى مثلِ هذه المَسْأَلَةِ التى قبلَ الأخِيرَةِ ، ما يَقْتَضِى صِحّةَ عِتْقِها ونِكَاحِها ، مع وُجُوبِ مَهْرِها ، فإنَّه قال فى مَن أعْتَقَ فى مَرَضِه أمَةً قِيمَتُها

١/٦ ظ

---

(٤) فى م : « ويبطل » .

مائةٌ ، وأصْدَقَها مائتَيْنِ ، لا مالَ له سِوَاهُما ، وهما مَهْرُ مِثْلِها : يَصِحُّ العِتْقُ والصَّدَاقُ والنِّكاحُ ؛ لأنَّ المائتَيْنِ صَدَاقُ مِثْلِها ، وتَزْوِيجُ المَرِيضِ بمَهْرِ المِثْلِ صَحِيحٌ نافِذٌ . وهذا غيرُ جَيِّدٍ ؛ فإنَّ ذلك يُفْضِى إلى نُفُوذِ العِتْقِ فى المَرَضِ من جميعِ المالِ ، ولا أعْلَمُ به قائلًا . ولو أنَّه أتْلَفَ المائتَيْنِ ، أو أصْدَقَهُما لِامرَأةٍ أجْنَبِيّةٍ ، ومات ، ولم يَخْلُفْ شيئا ، لَبطَلَ عِتْقُ ثُلُثَيِ الأمَةِ ، فإذا أخذَتْهُما هى ، كان أوْلَى فى بُطْلَانِه . والصَّحِيحُ ما ذَكَرْنا إن شاءَ اللهُ تعالى . وقال أبو حنيفةَ / فيما إذا تَرَكَ مِثْلَىْ قِيمَتِها ، وكان مَهْرُها نِصْفَ قِيمَتِها : تُعْطَى مَهْرَها وثُلُثَ الباقِى ، بحَسَبِ ذلك من قِيمَتِها ، وهو نِصْفُها وثُلُثُها ، فيَعْتِقُ ذلك ، وتَسْعَى فى سُدُسِها الباقِى ، ويَبْطُلُ نِكاحُها . فأمَّا إن خَلَفَ أرْبَعةَ أمْثالِ قِيمَتِها ، صَحَّ عِتْقُها ونِكاحُها وصَدَاقُها ، فى قولِ الجميعِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، وتَرِثُ من الباقِى فى قولِ أصْحابِنا ، وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : لا تَرِثُ . وهو مُقْتَضَى قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّها لو وَرِثَتْ لَكان عِتْقُها وَصِيَّةً لِوارِثٍ ، واعْتِبارُ الوَصِيَّةِ بالمَوْتِ .

٢/٦ و

فصل : ولو أنَّ امْرَأةً مَرِيضَةً أعْتَقَتْ عَبْدًا قِيمَتُه عَشرَةٌ ، وتَزَوَّجها بعَشَرةٍ فى ذِمَّتِه ، ثم ماتَتْ ، وخَلفَتْ مائةً . اقْتَضَى قولُ أصْحابِنا أن تُضَمَّ العَشَرَةُ التى فى ذِمَّتِه إلى المائةِ ، فيكونَ ذلك هو التَّرِكَةَ ، ويَرِثَ نِصْفَ ذلك ويَبْقَى لِلوَرَثةِ خَمْسةٌ وخَمْسُونَ . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . وقال صاحِباه : تُحْسَبُ عليه قِيمَتُه أيضا ، وتُضَمُّ إلى التَّرِكَةِ ، ويَبْقَى لِلوَرَثةِ سِتُّونَ . وقال الشافِعِىُّ : لا يَرِثُ شَيْئًا ، وعليه أداءُ العَشَرَةِ التى فى ذِمَّتِه ؛ لئلَّا يكونَ إعْتاقُه وَصِيَّةً لِوارِثٍ . وهذا مُقْتَضَى قولِ الخِرَقِىِّ ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : ولو تَزَوَّجَ المَرِيضُ امْرَأةً صَدَاقُ مِثْلِها خَمْسَةٌ ، فأصْدَقَها عَشرَةً لا يَمْلِكُ غيرَها ، ثم ماتَ ، ووَرِثَتْه ، بَطَلَتِ المُحاباةُ ؛ لأنَّها وَصِيَّةٌ لِوارِثٍ ، ولها صَدَاقُها ورُبْعُ الباقِى بالمِيرَاثِ . وإن ماتَتْ قبلَه ، صَحَّتِ المُحاباةُ ، ويَدْخُلُها الدَّوْرُ ، فنقولُ : لها مَهْرُها وهو خَمْسَةٌ ، وشىءٌ بالمُحاباةِ يَبْقَى لِوَرَثةِ الزَّوجِ خَمْسَةُ الأشياءِ ، ثم رجع إليهم

نِصْفُ مالها ، وهو دِينارَان ونِصْفٌ ، ونصفُ[٥] شيءٍ ، صار لهم سَبْعَةٌ ونِصْفٌ إلَّا نِصْفُ شيءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ وقَابِلْ ، يَتَبَيَّنْ أنَّ الشيءَ ثَلاثَةٌ ، فيكونُ لِوَرَثَتِها أرْبَعَةٌ ، ولِوَرَثَتِه سِتَّةٌ . وإن خَلَفَتْ مع ذلك دِينارَيْنِ ، عاد إلى الزَّوْجِ من مِيرَاثِها ثَلاثَةٌ ونِصْفُ[٦] شيءٍ ، صار[٧] له ثمانِيَةٌ ونِصْفٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، / اجْبُرْ وقابِلْ ، يَخْرُجِ الشيءُ ثلاثةً وخُمُسَيْنِ ، فصار لِوَرَثَتِه سِتَّةٌ وأرْبَعةُ أخْماسٍ ، ولِوَرَثَتِها خَمْسَةٌ وخُمْسٌ .

٢/٦ ظ

فصل : وإذا أَوْصَى بِجَارِيةٍ لِزَوْجِها الحُرِّ ، فقَبِلَها ، انْفَسَخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَجْتَمِعُ مع مِلْكِ اليَمِينِ . وظاهِرُ المذهبِ أنَّ المُوصَى له إنَّما يَمْلِكُ بالقَبُولِ ، فحِينَئِذٍ يَنْفَسِخُ النِّكاحُ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه إذا قَبِلَ تَبَيَّنَّا أنَّ المِلْكَ كان ثابِتًا من حين مَوْتِ المُوصِى ، فتَبَيَّنَ حينئذٍ أنَّ النِّكاحَ انْفَسَخَ من حينِ مَوْتِ المُوصِى ، فإن أَتَتْ بِوَلَدٍ لم تَخْلُ من ثَلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحدها ، أن تكونَ حاملًا به حين الوَصِيَّةِ ، ويُعْلَمُ ذلك بأن تأْتِيَ به لأقَلَّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ منذ أَوْصَى ، فالصَّحِيحُ أنَّه يكونُ مُوصًى به[٨] معها ؛ لأنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، ولهذا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ به وله[٥] ، وإذا صَحَّتِ الوَصِيَّةُ به مُنْفَرِدًا ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ به مع أُمِّه ، فيَصِيرُ كما لو كان مُنْفَصِلًا فأَوْصَى بهما جميعًا . وفيه وجهٌ آخَرُ ، لا حُكْمَ لِلْحَمْلِ ، فلا يَدْخُلُ فى الوَصِيَّةِ ، وإنما يَثْبُتُ[٩] له الحُكْمُ عند انْفِصالِه ، كأنَّه حَدَثَ حينئذٍ . فعلى هذا إن انْفَصَلَ فى حَياةِ المُوصِى ، فهو له ، كسائِرِ كَسْبِها ، وإن انْفَصَلَ بعد مَوْتِه وقبلَ القَبُولِ ، فهو لِلْوَرَثَةِ ، على ظاهِرِ المَذْهَبِ ، وإن انْفَصَلَ بعده ، فهو لِلمُوصَى له . الحال الثانى ، أن تَحْمِلَ به بعد الوَصِيَّةِ فى حَياةِ المُوصِى ، ويُعْلَمُ ذلك بأن تَضَعَهُ بعد سِتَّةِ أشْهُرٍ من حين أَوْصَى ؛ لأنَّها وَلَدَتْه لمُدَّةِ

---

(٥) سقط من : م .

(٦) فى ا زيادة : « ونصف » .

(٧) فى م : « فصار » .

(٨) فى م : « له » .

(٩) فى ا ، م : « ثبت » .

الحَمْلِ بعدَ الوَصِيَّةِ ، فيَحْتَمِلُ أنَّها حَمَلَتْه بعدَها فلم يَتَنَاوَلْه . والأَصْلُ عَدَمُ الحَمْلِ حالَ الوَصِيَّةِ ، فلا نُثْبِتُه بالشَّكِّ ، فيكونُ مَمْلُوكًا لِلمُوصِى إن وَلَدَتْه فى حَياتِه . وإن وَلَدَتْه بعدَه ، وقُلْنا : لِلْحَمْلِ حُكْمٌ . فكذلك . وإن قُلْنا : لا حُكْمَ له . فهو لِلْوَرَثةِ إن وَلَدتْه قبلَ القَبُولِ ، ولا بَيِّنةَ إن وَضَعَتْه بعدَه . وكلُّ مَوْضِعٍ كان الوَلَدُ لِلمُوصَى له ، فإنَّه يَعْتِقُ عليه ؛ لأنَّه ابْنُه ، وعليه وَلاءٌ لأَبِيه ؛ لأنَّه عَتَقَ عليه بالقَرَابةِ ، وأُمُّه أَمَةٌ يَنْفَسِخُ نِكَاحُها بالمِلْكِ ، ولا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها لم تَعْلَقْ منه بحُرٍّ فى مِلْكِه . الحال الثالث ، /أن تَحْمِلَ بعد مَوْتِ المُوصِى وقبلَ القَبُولِ ، ويُعْلَمُ ذلك بأن تَضَعَه لأَكْثَرَ من سِتَّةِ أشْهُرٍ من حينِ المَوْتِ ، فإن وَضَعَتْه قبلَ القَبُولِ أيضا ، فهو لِلْوارِثِ ، فى ظاهِرِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ المِلْكَ إنَّما ثَبَتَ لِلْمُوصَى له بعدَ القَبُولِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، يكونُ لِلْمُوصَى له . وإن وَضَعَتْه بعدَ القَبُولِ ، فكذلك ؛ لأنَّ الظاهِرَ أنَّ لِلْحَمْلِ حُكْمًا ، فيكونُ حادِثًا على(10) مِلْكِ الوارِثِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، يكونُ لِلْمُوصَى له ، فعلى هذا يكون حُرًّا لا وَلاءَ عليه ؛ لأنَّها أُمُّ وَلَدٍ ، لكَوْنِها عَلِقَتْ منه بِحُرٍّ فى مِلْكِه ، فيَصِيرُ كما لو حَمَلَتْ به بعدَ القَبُولِ . ومَذْهَبُ الشافِعِيِّ فى هذا الفَصْلِ قَرِيبٌ ممَّا قُلْناه . وقال أبو حنيفةَ : إذا وَضَعَتْه بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، دَخَلَ فى الوَصِيَّةِ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّها تَسْتَقِرُّ بالمَوْتِ وتَلْزَمُ ، فوَجَبَ أن تَسْرِىَ إلى الوَلَدِ ، كالاسْتِيلادِ . ولَنا ، أنَّها زِيادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ حادِثَةٌ بعدَ عَقْدِ الوَصِيَّةِ ، فلا تَدْخُلُ فيها ، كالكَسْبِ ، وإذا أَوْصَى بِعِتْقِ جارِيَةٍ فوَلَدَتْ . وتُفارِقُ الاسْتِيلادَ ؛ لأنَّ له تَغْلِيبًا وسِرَايةً . وهذا التَّفْرِيعُ فيما إذا خَرَجَتِ الجارِيَةُ من الثُّلُثِ ، وإن لم تَخْرُجْ من الثُّلُثِ ، مَلَكَ منها بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وانْفَسَخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ مِلْكَ بعضِها يَفْسَخُ النِّكاحَ ، كمِلْكِ جَمِيعِها . وكلُّ مَوْضِعٍ يكونُ الوَلَدُ فيه لِأَبِيه ، فإنَّه يكون له(11) منه هٰهُنا بِقَدْرِ ما مَلَكَ من أُمِّه ، ويَسْرِى العِتْقُ إلى باقِيه إن كان مُوسِرًا ،

(10) فى م : « عن » .

(11) سقط من : م .

وإن كان مُعْسِرًا فقد عَتَقَ منه ما مَلَكَ وحدَه . وكلُّ مَوْضِعٍ قُلْنا : تكون أُمَّ وَلَدٍ . فإنَّها تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ هـٰهُنا . سواءٌ كان مُوسِرًا أو مُعْسِرًا ، على قول الخِرَقِيِّ ، كما إذا اسْتَوْلَدَ الأَمَةَ المُشْتَرَكَةَ . وقال القاضى : يَصِيرُ منها أُمَّ وَلَدٍ بِقَدْرِ ما مَلَكَ منها . وهذا مذهبُ الشافِعِيِّ .

٩٥٨ ـ مسألة ؛ قال : (**فَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِى ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ**)

هذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ . رُوِى ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وبه قال / الزُّهْرِىُّ ، وحَمَّادُ بن أبى سليمانَ ، ورَبيعةُ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال الحَسَنُ : تكونُ لِوَلَدِ المُوصَى له . وقال عَطَاءٌ : إذا عَلِمَ المُوصِى بمَوْتِ المُوصَى له ، ولم يَحْدُثْ فيما أَوْصَى به شَيْئًا ، فهو لِوَارِثِ المُوصَى له ؛ لأنَّه ماتَ بعدَ[1] عَقْدِ الوَصِيَّة ، فيَقُومُ الوارِثُ مَقَامَه ، كما لو ماتَ بعد مَوْتِ المُوصِى وقبلَ القَبُولِ . ولَنا ، أنَّها عَطِيَّةٌ صادَفَتِ المُعْطَى مَيِّتًا ، فلم تَصِحَّ ، كما لو وَهَبَ مَيِّتًا ؛ وذلك لأنَّ الوَصِيَّةَ عَطِيَّةٌ بعدَ المَوْتِ ، وإذا ماتَ قبل القَبُولِ بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ أيضا . وإن سَلَّمْنا صِحَّتَها ، فإنَّ العَطِيَّةَ صادَفَتْ حَيًّا ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا .

فصل : ولا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِمَيِّتٍ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : إن عَلِمَ أنَّه مَيِّتٌ ، فهى جائِزَةٌ ، وهى لِوَرَثَتِه بعدَ قَضاءِ دُيُونِه وتَنْفِيذِ وَصَايَاه ؛ لأنَّ الغَرَضَ نَفْعُه بها ، وبهذا يَحْصُلُ له النَّفْعُ ، فأشْبَهَ ما لو كان حَيًّا . ولَنا ، أنَّه أَوْصَى لمن لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له ، إذا لم يَعْلَمْ حالَه ، فلم تَصِحَّ إذا عَلِمَ حالَه ، كالبَهِيمةِ . وفارَقَ الحَىَّ ؛ فإنَّ الوَصِيَّةَ تَصِحُّ له فى الحالَيْنِ ، ولأنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فلم يَصِحَّ لِلْمَيِّتِ ، كالهِبَةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإذا أَوْصَى بثُلُثِه ، أو بمائةٍ لاثْنَيْنِ حَىٍّ ومَيِّتٍ ، فلِلْحَىِّ

٣/٦ ظ

---

(١) فى م : « قبل » .

نِصْفُ الوَصِيَّةِ ، سواءٌ عَلِمَ مَوْتَ المَيِّتِ أو جَهِلَه . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، وإسحاقَ ، والبَصْرِيِّينَ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ : إذا قال : هذه المائةُ لِفُلانٍ وفُلانٍ . فهى لِلْحَىِّ منهما . وإن قال : بين فُلانٍ وفُلانٍ . فوَافَقَنا الثَّوْرِىُّ فى أن نِصْفَها لِلْحَىِّ . وعن الشافِعِىِّ كالمَذْهَبَيْنِ . وقال أبو الخَطَّابِ : عِنْدِى أنَّه إذا عَلِمَه مَيِّتًا ، فالجَمِيعُ لِلْحَىِّ ، وإن لم يَعْلَمْه مَيِّتًا ، فلِلْحَىِّ النِّصْفُ . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على هذا القَوْلِ . فإنَّه[2] قال ، فى رِوَايةِ ابنِ القاسِمِ : إذا أَوْصَى لِفُلانٍ وفُلانٍ بمائةٍ ، فبَانَ أحَدُهُما مَيِّتًا ، فلِلْحَىِّ خَمْسُونَ . فقِيلَ له : أليس إذا قال : ثُلُثِى لِفُلانٍ وللحائِطِ ، أنَّ الثُّلُثَ كلَّه لِفُلانٍ ؟ فقال : وأىُّ شىءٍ يُشْبِه هذا ، الحائطُ له مِلْكٌ ! فعلى هذا متى[3] شَرَّكَ بين من تَصِحُّ / الوَصِيَّةُ له ومَن لا تَصِحُّ ، مثل أن يُوصِىَ لِفُلانٍ أو لِلملكِ[4] ولِلْحائطِ ، أو لِفُلانٍ المَيِّتِ ، فالمُوصَى به كلُّه لمن تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له ، إذا كان عالِمًا بالحالِ ؛ لأنَّه إذا شَرَّكَ بينهما فى هذه الحالِ ، عُلِمَ أنَّه قَصَدَ بالوَصِيَّةِ كلِّها مَنْ تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له . وإن لم يَعْلَمِ الحالَ ، فلمَن تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له نِصْفُها ؛ لأنَّه قَصَدَ إيصالَ نِصْفِها إليه ، وإلى الآخَرِ النِّصْفِ الآخَرِ[5] ، ظَنًّا منه أنَّ الوَصِيَّةَ له صَحِيحَةٌ ، فإذا بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ فى حَقِّ أحَدِهِما ، صَحَّتْ فى حَقِّ الآخَرِ بِقِسْطِه ، كتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ . ووَجْهُ القولِ الأَوَّلِ ، أنَّه جَعَلَ الوَصِيَّةَ لاثْنَيْنِ ، فلم يَسْتَحِقَّ أحَدُهُما جَمِيعَها ، كما لو كانا ممَّن تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لهما فماتَ أحَدُهُما ، أو كما لو لم يَعْلَمْ الحالَ . فأمَّا إن وَصَّى لاثْنَيْنِ حَيَّيْنِ ، فماتَ أحَدُهُما ، فللآخَرِ نِصْفُ الوَصِيَّةِ . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وكذلك لو بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ فى حَقِّ أحَدِهِما ؛ لِرَدِّه لها ، أو لِخُرُوجِه عن أن يكونَ من أهْلِها . ولو قال : أَوْصَيْتُ

٦/٤ و

---

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « إذا » .

(٤) فى م : « وللملك » .

(٥) سقط من : الأصل .

لكل واحدٍ من فُلانٍ وفُلانٍ بِنِصْفِ الثُّلُثِ ، أو بِنِصْفِ المائةِ ، أو بخَمْسِينَ . لم يَسْتَحِقَّ أحَدُهُما أكثَرَ من نِصْفِ الوَصِيَّةِ ، سواءٌ كان شَرِيكُه حَيًّا أو مَيِّتًا ؛ لأنَّه عَيَّنَ وَصِيَّتَه فى النِّصْفِ ، فلم يكُنْ له حَقٌّ فيما سِوَاهُ .

٩٥٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإنْ رَدَّ الْمُوصَى لَهُ الْوَصِيَّةَ ، بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِى ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ**)

لا يَخْلُو[١] رَدُّ الوَصِيَّةِ من أرْبَعةِ أحْوالٍ ؛ أحدها ، أن يَرُدَّها قبل مَوْتِ المُوصِى ، فلا يَصِحُّ الرَّدُّ هٰهُنا ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لم تَقَعْ بعدُ ، فأشْبَه رَدَّ المَبِيعِ قبلَ إيجابِ البَيْعِ ، ولأنَّه ليس بمَحَلٍّ لِلْقَبُولِ ، فلا يكونُ مَحَلًّا للرَّدِّ ، كما قبل الوَصِيَّةِ . والثانية ، أن يَرُدَّها بعدَ المَوْتِ ، وقبلَ القَبُولِ ، فيَصِحُّ الرَّدُّ ، وتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا[٢] ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقَّه فى حالٍ يَمْلِكُ قَبُولَه وأخْذَه ، فأشْبَهَ عَفْوَ الشَّفِيعِ عن الشُّفْعةِ بعدَ البَيْعِ . والثالثة ، أن يَرُدَّ بعدَ القَبُولِ والقَبْضِ ، فلا يَصِحُّ الرَّدُّ ؛ لأنَّ مِلْكَه / قد اسْتَقَرَّ عليه ، فأشْبَهَ رَدَّه لسائرِ مِلْكِه ، إلَّا أن يَرْضَى الوَرَثةُ بذلك ، فتكونَ هِبَةً منه لهم تَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِ الهِبَةِ . والرابعة ، أن يَرُدَّ بعدَ القَبُولِ وقبلَ القَبْضِ ، فيُنْظَرُ ؛ فإن كان المُوصَى به مَكِيلًا أو مَوْزُونًا ، صَحَّ الرَّدُّ ؛ لأنَّه لا يَسْتَقِرُّ مِلْكُه عليه قبلَ قَبْضِه ، فأشْبَهَ رَدَّه قبلَ القَبُولِ ، وإن كان غيرَ ذلك ، لم يَصِحَّ الرَّدُّ ؛ لأنَّ مِلْكَه[٣] قد اسْتَقَرَّ عليه ، فهو كالمَقْبُوضِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ الرَّدُّ ، بِناءً على أنَّ القَبْضَ مُعْتَبَرٌ فيه . ولأصْحابِ الشافِعِىِّ فى هذه الحالِ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، يَصِحُّ الرَّدُّ فى الجميعِ ، ولا فَرْقَ بين المَكِيلِ والمَوْزُونِ وغيرِهما . وهذا المَنْصُوصُ عن الشافِعِىِّ ؛ لأنَّهم لمَّا مَلَكُوا الرَّدَّ من غيرِ قَبُولٍ ، مَلَكُوا الرَّدَّ من غيرِ قَبْضٍ ، ولأنَّ مِلْكَ الوَصِىِّ لم يَسْتَقِرَّ عليه قبلَ القَبْضِ ، فصَحَّ رَدُّهُ ، كما قبلَ القَبُولِ . والثانى ، لا يَصِحُّ الرَّدُّ ؛ لأنَّ المِلْكَ يَحْصُلُ بالقَبُولِ من غيرِ قَبْضٍ .

٤/٦ ظ

---

(١) فى م زيادة : « إذا » .

(٢) فى الأصل : « اختلافا » .

(٣) فى ا : « الملك » .

فصل : وكلُّ مَوْضِعٍ صَحَّ الرَّدُّ فيه ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بالرَّدِّ ، وتَرْجِعُ إلى التَّرِكَة ، فتكونُ لِلْوُرَّاثِ جميعِهم ؛ لأنَّ الأَصْلَ ثُبوتُ الحَقِّ[4] لهم ، وإنّما خرجَ بالوَصِيَّةِ ، فإذا بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، رَجَعَ إلى ما كان عليه ، كأن الوَصِيَّةَ لم تُوجَدْ . ولو عَيَّنَ بالرَّدِّ واحِدًا ، وقَصَدَ تَخْصِيصَه بالمَرْدُودِ ، لم يكُنْ له ذلك ، وكان لجَمِيعِهِم ؛ لأنَّ رَدَّهُ امتناعٌ من تَمَلُّكِه ، فيَبْقَى على ما كان عليه ، ولأنَّه لم يَمْلِكْ دَفْعَه إلى أجْنَبِيٍّ ، فلم يَمْلِكْ دَفْعَه إلى وارِثٍ يَخُصُّه به . وكلُّ مَوْضِعٍ امْتَنَعَ الرَّدُّ[5] لِاسْتِقْرارِ مِلْكِه عليه ، فله أن يَخُصَّ[6] به واحِدًا من الوَرَثةِ ؛ لأنَّه ابْتِداءُ هِبَةٍ ، ويَمْلِكُ أن يَدْفَعَه إلى أجْنَبِيٍّ ، فمَلَكَ دَفْعَه إلى وارِثٍ . فلو قال : رَدَدْتُ هذه الوَصِيَّةَ لِفُلانٍ . قيل له : ما أرَدْتَ بقَوْلِكَ لِفُلانٍ ؟ فإن قال[7] : أرَدْتُ تَمْلِيكَه إيَّاها ، وتَخْصِيصَه بها . فقَبِلَها ، اخْتَصَّ بها ، وإن قال : أرَدْتُ رَدَّها إلى جَمِيعِهم ، لِيَرْضَى فُلانٌ . عادَتْ إلى جَمِيعِهم إذا قَبِلُوها ، فإن قَبِلَها بَعْضُهم دون بعضٍ ، فلِمَن قَبِلَ حِصَّتُه منها .

٦/٥ و /**فصل** : ويَحْصُلُ الرَّدُّ بقولِه : رَدَدْتُ الوَصِيَّةَ . وقوله : لا أَقْبَلُها . وما أدَّى هذا المَعْنَى . قال أحمدُ : إذا أَوْصَى[8] لِرَجُلٍ بأَلْفٍ ، فقال : لا أَقْبَلُها . فهى لِوَرَثَتِه . يعنى لِوَرَثةِ المُوصِى .

٩٦٠ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَقْبَلَ أَوْ يَرُدَّ ، قَامَ وارِثُهُ فِي ذٰلِكَ مَقَامَهُ ، إِذَا كَانَ مَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِى)

اخْتَلَفَ أصْحابُنا فيما إذا ماتَ المُوصَى له قبلَ القَبُولِ والرَّدِّ ، بعدَ مَوْتِ المُوصِى ،

---

(٤) فى م : « الحكم » .

(٥) فى م زيادة : « فيه » .

(٦) فى م : « يختص » .

(٧) سقط من : م .

(٨) فى م : « قال أوصيت » .

فذهب الخِرَقِىُّ إلى أنَّ وارِثَه يَقُومُ مَقامَه فى القَبُولِ والرَّدِّ ؛ لأنَّه حَقٌّ ثَبَتَ (١للمَوْرُوثِ فثَبَتَ للوَارِثِ١) بعدَ مَوْتِه ، لقولِه عليه السلامُ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا(٢) فلِوَرَثَتِه »(٣) . وكَخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ ، وذَهَبَ أبو عبدِ اللهِ ابن حامدٍ إلى أنَّ الوَصِيَّةَ تَبْطُلُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فإذا ماتَ مَنْ له القَبُولُ قَبْلَه ، بَطَلَ العَقْدُ ، كالهِبَةِ . قال القاضى : هو قِياسُ المَذْهَبِ ؛ لأنَّه خِيَارٌ لا يُعْتَاضُ عنه ، فبَطَلَ بالمَوْتِ ، كخِيارِ المَجْلِسِ والشَّرْطِ وخِيارِ الأخْذِ بالشُّفْعةِ . وقال أصحابُ الرأى : تَلْزَمُ الوَصِيَّةُ فى حَقِّ الوارِثِ ، وتَدْخُلُ فى مِلْكِه حُكْمًا بغير قَبُولٍ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ قد لَزِمَتْ من جِهَةِ المُوصِى ، وإنَّما الخِيَارُ لِلْمُوصَى له ، فإذا ماتَ ، بَطَلَ خِيَارُه ، ودَخَلَ فى مِلْكِه ، كما لو اشْتَرَى شَيْئًا على أنَّ الخِيَارَ له ، فماتَ قبلَ انْقِضائِه . ولَنا ، على أنَّ الوَصِيَّةَ لا تَبْطُلُ بمَوْتِ المُوصَى له ، أنَّها عَقْدٌ لازِمٌ من أحدِ الطَّرَفَيْنِ ، فلم تَبْطُلْ بمَوْتِ مَنْ له الخِيارُ ، كعَقْدِ الرَّهْنِ والبَيْعِ إذا شُرِطَ فيه الخِيارُ لأَحَدِهما ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَبْطُلُ بمَوْتِ المُوجِبِ له(٤) ، فلا يَبْطُلُ بمَوْتِ الآخَرِ ، كالذى ذَكَرْنا . ويُفارِقُ الهِبَةَ والبَيْعَ قبلَ القَبُولِ ، من الوَجْهَيْنِ اللذين ذَكَرناهُما ، وهو أنَّه جائِزٌ من الطَّرَفَيْنِ ، ويَبْطُلُ بمَوْتِ المُوجِبِ له ، ولا يَصِحُّ قِياسُه على الخِيَاراتِ ؛ لأنَّه لم يَبْطُلِ الخِيارُ ، ويَلْزَمُ العَقْدُ ، فنَظِيرُه فى مَسْأَلَتِنا قولُ أصحابِ الرَّأْىِ . ولَنا ، على إبْطالِ / قَوْلِهم أنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى قَبُولِ المُتَمَلِّكِ ، فلم يَلْزَمْ قبلَ القَبُولِ ، كالبَيْعِ والهِبَةِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الوارِثَ يَقُومُ مَقامَ المُوصَى له فى القَبُولِ والرَّدِّ ؛ لأنَّ كلَّ حَقٍّ ماتَ عنه المُسْتَحِقُّ فلم يَبْطُلْ بالمَوْتِ ، قام الوارِثُ فيه مَقامَه . فعلى هذا ، إن رَدَّ الوارِثُ الوَصِيَّةَ بَطَلَتْ ، وإن قَبِلَها صَحَّتْ ، (٥وثَبَتَ المِلْكُ بها٥) .

٦/٥ ظ

(١ – ١) فى م : « للمورث فثبت للموروث » .

(٢) فى ا ، م : « حقه » .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٢ .

(٤) سقط من : ا ، م .

(٥ – ٥) فى ا : « وثبت له الملك فيها » .

وإن كان الوارِثُ جَماعةً ، اعْتُبِرَ القَبُولُ أو الرَّدُّ من جمِيعِهِم ، فإن رَدَّ بعضُهم وقَبِلَ بعضٌ ، ثَبَتَ للقابِلِ حِصَّتُه ، وبَطَلَتِ الوَصِيَّةُ فى حَقِّ من رَدَّ . فإن كان فيهم مَنْ ليس من أهْلِ التَّصرُّفِ ، قامَ وَلِيُّه مَقامَه فى القَبُولِ والرَّدِّ ، وليس له أن يَفْعَلَ إلَّا ما لِلْمُوَلَّى عليه الحَظُّ فيه ، فإن فَعَلَ غيرَه لم يَصِحَّ ، فإذا كان الحَظُّ فى قَبُولِها فرَدَّها ، لم يَصِحَّ رَدُّه ، وكان له قَبُولُها بعد ذلك . وإن كان الحَظُّ فى رَدِّها فقَبِلَها ، لم يَصِحَّ قَبُولُه ؛ لأنَّ الوَلِيَّ لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى حَقِّ المُوَلَّى عليه بغيرِ ما لَه الحَظُّ فيه . فلو أَوْصَى لِصَبِيٍّ بِذِى رَحِمٍ له يَعْتِقُ بمِلْكِه له ، وكان على الصَّبِيِّ ضَرَرٌ فى ذلك ، بأن تَلْزَمَه نَفَقَةُ المُوصَى به ، لكونِه فَقِيرًا لا كَسْبَ له ، والمُوَلَّى عليه مُوسِرٌ ، لم يكُنْ له قَبُولُ الوَصِيَّةِ ، وإن لم يكُنْ عليه ضَرَرٌ لكَوْنِ المُوصَى به ذا كَسْبٍ ، أو كَوْنِ المُوَلَّى عليه فَقِيرًا لا تَلْزَمُه نَفَقَتُه ، تَعَيَّنَ قَبُولُ الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ فى ذلك نَفْعًا لِلْمُوَلَّى عليه ، لِعِتْقِ قَرابَتِه ، وتَحْرِيرِه ، من غيرِ ضَرَرٍ يَعُودُ عليه ، فتَعَيَّنَ ذلك . واللهُ أعلمُ .

فصل : ولا يَمْلِكُ المُوصَى له الوَصِيَّةَ إلَّا بالقَبُولِ ، فى قولِ جُمْهُورِ الفُقَهاءِ ، إذا كانت لمُعَيَّنٍ يُمْكِنُ القَبُولُ منه ؛ لأنَّها تَمْلِيكُ مالٍ لِمَنْ هو من أهْلِ المِلْكِ مُتَعَيِّنٍ ، فاعْتُبِرَ قَبُولُه ، كالهِبَةِ والبَيْعِ . قال أحمدُ : الهِبَةُ والوَصِيَّةُ واحدٌ ، فأمَّا إن كانتْ لغيرِ مُعَيَّنٍ ، كالفُقَرَاءِ والمَساكِينِ ومَنْ لا يُمْكِنُ[6] حَصْرُهُم ، كبَنِى هاشِمٍ وتَمِيمٍ ، أو على مَصْلَحةٍ كمَسْجِدٍ أو حَجٍّ ، لم يَفْتَقِرْ إلى قَبُولٍ ، ولَزِمَتْ بمُجَرَّدِ المَوْتِ ؛ لأنَّ اعْتِبارَ القَبُولِ من جمِيعِهِم مُتَعَذِّرٌ ، فيَسْقُطُ اعْتِبارُه ، كالوَقْفِ / عليهم ، ولا يَتَعَيَّنُ واحِدٌ منهم فيُكْتَفَى بقَبُولِه ، ولذلك لو كان فيهم ذو رَحِمٍ من المُوصَى به ، مثل أن يُوصِىَ بعَبْدٍ لِلفُقَراءِ وأبوه فَقِيرٌ ، لم يَعْتِقْ عليه . ولأنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ لِلمُوصَى لهم ، بدَلِيلِ ما ذَكَرْنا من المَسْألةِ ، وإنَّما ثَبَتَ لكلِّ واحِدٍ منهم بالقَبْضِ ، فيَقُومُ قَبْضُه مَقامَ قَبُولِه . أمَّا الآدَمِيُّ المُعَيَّنُ ، فيَثْبُتُ له المِلْكُ ، فيُعْتَبَرُ قَبُولُه ، لكنْ لا يَتَعَيَّنُ القَبُولُ باللَّفْظِ ، بل يُجْزِئُ

٦/٦ و

(٦) فى م : « يملك » .

ما قامَ مَقامَه من الأخْذِ والفِعْلِ الدّالِّ على الرِّضَى ، كقولنا فى الهِبَةِ والبَيْعِ . ويجوزُ القَبُولُ على الفَوْرِ والتَّراخِى . ولا يكونُ إلَّا بعد مَوْتِ المُوصِى ؛ لأنَّه قبلَ ذلك لم يَثْبُتْ له حَقٌّ ، ولذلك لم يَصِحَّ رَدُّه . فإذا قَبِلَ ، ثَبَتَ المِلْكُ له من[7] حينِ القَبُولِ ، فى الصَّحِيحِ من المَذْهَبِ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأهْلِ العِرَاقِ . ورُوِىَ عن الشافِعِىِّ . وذَكَرَ أبو الخَطَّابِ فى المَسْأَلةِ وَجْهًا آخرَ ، أنَّه إذا قَبِلَ ، تَبَيَّنَّا أن المِلْكَ ثَبَتَ[8] حين مَوْتِ المُوصِى . وهو ظاهِرُ مَذْهَبِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّ ما وَجَبَ انْتِقالُه بالقَبُولِ ، وَجَبَ انْتِقالُه من جِهَةِ المُوجِبِ عندَ الإيجابِ ، كالهِبَةِ والبَيْعِ ، ولأنَّه لا يجوزُ أن يَثْبُتَ المِلْكُ فيه للوارِثِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يوصِى بِهَا أو دَيْنٍ ﴾[9] . ولأنَّ الإرْثَ بعدَ الوَصِيَّةِ ، ولا يَبْقَى لِلْمَيِّتِ ؛ لأنَّه صارَ جَمَادًا لا يَمْلِكُ شيئًا . وللشافِعِىِّ قولٌ ثالثٌ غيرُ مَشْهُورٍ ، أنَّ الوَصِيَّةَ تُمْلَكُ بالمَوْتِ ، ويُحكَمُ بذلك قبلَ القَبُولِ ؛ لما ذَكَرْنا . ولَنا ، أنه تَمْلِيكُ[10] عَيْنٍ لِمُعَيَّنٍ يَفْتَقِرُ إلى القَبُولِ ، فلم يَسْبِقِ المِلْكُ القَبُولَ ، كسائِرِ العُقُودِ ، ولأنَّ القَبُولَ من تَمامِ السَّبَبِ ، والحُكْمُ لا يَتَقَدَّمُ سَبَبَه ، ولأنَّ القَبُولَ لا يَخْلُو من أن يكونَ شَرْطًا أو جُزْءًا من السَّبَبِ ، والحُكْمُ لا يَتَقَدَّمُ سَبَبَه ولا شَرْطَه ، ولأنَّ المِلْكَ فى الماضِى لا يجوزُ تَعْلِيقُه بشَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . فإن قيل : فلو قال لِامْرَأتِه : أنْتِ طالِقٌ قبلَ مَوْتِى بِشَهْرٍ . ثم ماتَ ، تَبَيَّنَّا وُقُوعَ الطَّلاقِ قبلَ مَوْتِه بِشَهْرٍ . قُلْنا : ليس هذا شَرْطًا فى وُقُوعِ الطَّلاقِ ، وإنَّما تَبَيَّنَ به الوَقْتُ الذى / يَقَعُ فيه الطَّلاقُ . ولو قال : إذا مِتُّ فأنْتِ طالِقٌ قبلَه بِشَهْرٍ . لم يَصِحَّ . وأمَّا انْتِقالُه من جِهَةِ المُوجِبِ فى سائِرِ العُقُودِ ، فإنَّه لا يَنْتَقِلُ إلَّا بعدَ القَبُولِ ، فهو كمَسْألَتِنا ، غيرَ أنَّ ما بين الإيجابِ والقَبُولِ ثَمَّ يَسِيرٌ ،

٦/٦ ظ

(٧) سقط من : الأصل ، ا .

(٨) فى م : « يثبت » .

(٩) سورة النساء ١١ .

(١٠) فى م : « تملك » .

لا يَظْهَرُ له أثَرٌ ، بخِلَافِ مَسْأَلَتِنا . قولُهم : إنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ للوارِثِ . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ بحُكْمِ الأصْلِ ، إلَّا أن يَمْنَعَ منه مانِعٌ . وقولُ اللهِ تعالى : ﴿ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ . قُلْنا : المُرَادُ به وَصِيَّةٌ مَقْبُولة ، بِدَلِيلِ أنَّه لو لم يَقْبَلْ لَكان مِلْكًا لِلْوارِثِ ، وقبلَ قَبُولِها فليستْ مَقْبُولةً . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ المُرَادُ بقَوْلِه : ﴿ فلَكُم الرُّبعُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ ﴾[11] . أى لكم ذلك مُسْتَقِرٌّ . فلا يَمْنَعُ هذا ثُبُوتَ المِلْكِ غيرَ مُسْتَقِرٍّ ، ولهذا لا يَمْنَعُ الدَّيْنُ ثُبُوتَ المِلْكِ فى التَّرِكَةِ ، وهو آكَدُ من الوَصِيَّةِ . وإن سَلَّمْنا أن المِلْكَ لا يَثْبُتُ للوارِثِ ، فإنَّه يَبْقَى مِلْكًا لِلْمَيِّتِ ، كما إذا كان عليه دَيْنٌ . وقولُهم : لا يَبْقَى له مِلْكٌ . مَمْنوعٌ ؛ فإنَّه يَبْقَى مِلْكُه فيما يَحْتاجُ إليه من مُؤْنةِ تَجْهيزِه ودَفْنِه ، وقَضاءِ دُيُونِه . ويجوزُ أن يَتَجَدَّدَ له مِلْكٌ فى دَيْنِه[12] إذا قَبِلَ ، وفيما إذا نَصَبَ شَبَكَةً فوَقَعَ فيها صَيْدٌ بعد مَوْتِه ، بحيث تُقْضَى دُيُونُه ، وتَنْفُذُ وَصَاياهُ ، ويُجَهَّزُ إن كان قَبْلَ تَجْهِيزِه ، فهذا يَبْقَى على مِلْكِه ، لِتَعَذُّرِ انْتِقالِه إلى الوارِثِ من أجلِ الوَصِيَّةِ ، وامْتِناعِ انْتِقالِه إلى الوَصِىِّ قبلَ تَمامِ السَّبَبِ ، فإنْ رَدَّ المُوصَى له ، أو قَبِلَ ، انْتَقلَ حينئذٍ . فإن قُلْنا بالأوَّلِ ، وأنَّه يَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ ، فإنه يَثْبُتُ له[13] المِلْكُ على وَجْهٍ لا يُفِيدُ إباحَةَ التَّصَرُّفِ ، كثُبُوتِه فى العَيْنِ المَرْهُونةِ ، فلو باعَ المُوصَى به ، أو رَهَنَه ، أو أعْتَقَه ، أو تَصَرَّفَ بغيرِ ذلك ، لم يَنْفُذْ شىءٌ من تَصَرُّفاتِه . ولو كان الوارِثُ ابْنًا للمُوصَى به ، مثل أن تَمْلِكَ امْرَأةٌ زَوْجَها الذى لها منه ابْنٌ ، فتُوصِى به لأَجْنَبِىٍّ ، فإذا ماتَتْ انْتَقَلَ المِلْكُ فيه إلى ابْنِه إلى حينِ القَبُولِ ، ولا يَعْتِقُ عليه . واللهُ أعلمُ .

فصل : فيما يَخْتَلِفُ من الفُرُوعِ باخْتِلَافِ المَذْهَبَيْنِ ، من ذلك أنَّه إذا حَدَثَ للمُوصَى به / نَماءٌ مُنْفَصِلٌ بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، وقبلَ القَبُولِ ، كالثَّمرَةِ والنِّتاجِ

٧/٦ و

---

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) فى م : « ديونه » .

(١٣) سقط من : ا .

والكَسْبِ ، فهو لِلْوَرَثَةِ . وعلى الوَجْهِ الآخرِ ، يكونُ لِلْمُوصَى له . ولو أَوْصَى بأَمَةٍ لِزَوْجِها ، فأَوْلَدَها بعد مَوْتِ المُوصِى ، وقبلَ القَبُولِ[١٤] ، فوَلَدُه رَقِيقٌ للوارِثِ . وعلى الوَجْهِ الآخر ، يكونُ حُرَّ الأَصْلِ ، ولا وَلَاءَ عليه ، وأُمُّه أُمُّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها عَلِقَتْ منه بحُرٍّ فى مِلْكِه . وإن ماتَ المُوصَى له قبلَ القَبُولِ والرَّدِّ ، فلِوَارِثِه قَبُولُها ، فإن قَبِلَها ، مَلَكَ الجارِيَةَ ووَلَدَها ، وإن كان ممَّن يَعْتِقُ الوَلَدُ عليه عَتَقَ ، و لم يَرِثْ من ابْنِه شَيْئًا . وعلى الوَجْهِ الآخر ، تكونُ الجارِيَةُ أُمَّ وَلَدٍ ، ويَرِثُ الوَلَدُ أباه ، فإن كان يَحْجُبُ الوارِثَ القابِلَ حَجَبَه . وقال أكْثَرُ أصْحابِ الشافِعِىِّ : لا يَرِثُ الوَلَدُ هٰهُنا شَيْئًا ؛ لأنَّ تَوْرِيثَه يَمْنَعُ قولَ القابِلِ وارِثًا ، فيَبْطُلُ قَبُولُه ، فيُفْضِى إلى الدَّوْرِ ، وإلى إبْطالِ مِيرَاثِه ، فأشْبَهَ ما لو أقَرَّ الوارِثُ بمَن يَحْجُبُه عن المِيرَاثِ . وقد ذَكَرْنا فى الإقْرارِ ما يَدْفَعُ هذا ، وأنَّ المُقَرَّ به يَرِثُ ، فكذا هٰهُنا . ويُعْتَبَرُ قَبُولُ مَنْ هو وارِثٌ فى حالِ اعْتِبارِ القَبُولِ ، كما يُعْتَبَرُ فى الإقْرارِ إقْرارُ مَنْ هو وارِثٌ حالَ الإقْرارِ . واللهُ أعلمُ . ومن ذلك ، لو أوْصَى لِرَجُلٍ بأَبِيه ، فماتَ المُوصَى له قبلَ القبولِ ، فقَبِلَ ابْنُه ، صَحَّ ، وعَتَقَ عليه الجَدُّ ، و لم يَرِثْ من ابْنِه شَيْئًا ؛ لأنَّ حُرِّيَّتَه إنما حَدَثَتْ حين القَبُولِ بعدَ أن صارَ المِيراثُ لغيرِه . وعلى الوَجْهِ الآخر ، تَثْبُتُ حُرِّيَّتُه من حينِ مَوْتِ المُوصِى ، فيَرِثُ من ابْنِه السُّدُسَ . وقال بعضُ أصْحابِ الشافِعِىِّ : لا يَرِثُ أيضًا ؛ لأنَّه لو وَرِثَ لَاعْتُبِرَ قَبُولُه ، ولا يجوزُ اعْتِبارُ قَبُولِه قبلَ الحُكْمِ بحُرِّيَّتِه ، وإذا لم يَجُزِ اعْتِبارُه ، لم يَعْتِقْ ، فيُؤَدِّى تَورِيثُه إلى إبْطالِ تَوْرِيثِه . وهذا فاسِدٌ ؛ فإنَّه لو أقَرَّ جَمِيعُ الوَرَثَةِ بمُشارِكٍ لهم فى المِيرَاثِ ، ثَبَتَ نَسَبُه ووَرِثَ ، مع أنَّه يَخْرُجُ المُقِرُّونَ به عن كَوْنِهم جَميعَ الوَرَثَةِ . ومن ذلك ، أنَّه لو ماتَ المُوصَى له ، فقَبِلَ وارِثُه ، لَثَبَتَ المِلْكُ للوارِثِ القابِلِ ابْتِداءً من جِهَةِ / المُوصِى ، لا من جِهَةِ مَوْرُوثِه ، و لم يَثْبُتْ لِلْمُوصَى له شىءٌ ، فحينئذٍ لا تُقْضَى دُيُونُه ، ولا تَنْفُذُ وَصاياهُ ، ولا يَعْتِقُ مَن يَعْتِقُ عليه ، وإن كان فيهم مَن يَعْتِقُ على الوارِثِ ، عَتَقَ عليه ، وكان وَلَاؤُه له دُونَ المُوصَى له . وعلى الوَجْهِ الآخر ، يَتَبَيَّنُ أنَّ المِلْكَ كان ثابتًا

٦٠/٧ ظ

---

(١٤) فى الأصل ، ا : « قبولها » .

لِلْمُوصَى له ، وأنه انْتَقَلَ منه إلى وارِثِه ، فتَنْعَكِسُ هذه الأحْكامُ ، فتُقْضَى دُيُونُه ، وتَنْفُذُ وَصَايَاه ، ويَعْتِقُ مَن يَعْتِقُ عليه ، وله وَلَاؤُه ، يَخْتَصُّ به الذُّكُورُ من وَرَثَتِه . ومن ذلك ، أنَّ المُوصَى به لو كان أمَةً ، فوَطِئَها الوارِثُ ، فأوْلَدَها ، صارَتْ أُمَّ وَلَدٍ له ، ووَلَدُها حُرٌّ ؛ لأنَّه وَطِئَها فى مِلْكِه ، وعليه قِيمَتُها لِلْمُوصَى له إذا قَبِلَها . فإن قيل : فكيف قَضَيْتُم بِعِتْقِها هٰهُنا ، وهى لا تَعْتِقُ بإعْتاقِها ؟ قُلْنا : الاسْتِيلادُ أقْوَى ، ولذلك يَصِحُّ من المَجْنُونِ ، والرَّاهِنِ ، والأبِ ، والشَّرِيكِ المُعْسِرِ ، وإن لم يَنْفُذْ إعْتاقُهم[15] . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، يكونُ وَلَدُه[16] رَقِيقًا ، والأمَةُ باقِيَةً على الرِّقِّ . وإن وَطِئَها المُوصَى له قبلَ قَبُولِها ، كان ذلك قَبُولًا لها ، وثَبَتَ المِلْكُ له به ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ إلَّا فى المِلْكِ ، فإقْدَامُه عليه دَلِيلٌ على اخْتِيارِه المِلكَ ، فأشْبَهَ ما لو وَطِئَ مَنْ له الرَّجْعَةُ الرَّجْعِيّةَ ، أو وَطِئَ من له الخِيارُ فى البَيْعِ الأمَةَ المَبِيعَةَ ، أو وَطِئَ مَنْ له خِيَارُ فَسْخِ النِّكاحِ امْرَأتَهُ .

فصل : وتَصِحُّ الوَصِيّةُ مُطْلَقةً ومُقَيَّدةً ، فالمُطْلَقةُ أن يقول : إن مِتُّ فَثُلُثِى لِلْمَساكِينِ ، أو لِزَيْدٍ . والمُقَيَّدةُ أن يقولَ : إن مِتُّ من مَرَضِى هذا ، أو فى هذه البَلْدَةِ ، أو فى سَفَرِى هذا ، فثُلُثِى لِلْمَساكِينِ . فإن بَرَأَ من مَرَضِه ، أو قَدِمَ من سَفَرِه ، أو خَرَجَ من البَلْدةِ ، ثم ماتَ ، بَطَلَتِ الوَصِيّةُ المُقَيَّدَةُ ، وبَقِيَتِ المُطْلَقةُ . قال أحمدُ ، فى مَن وَصَّى وَصِيَّةً إن ماتَ من مَرَضِه هذا أو من سَفَرِه هذا ، ولم يُغَيِّرْ وَصِيَّتَه ، ثم ماتَ بعد ذلك : فليس له وَصِيّةٌ . وبهذا قال الحَسَنُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال مالِكٌ : إن قال قَوْلًا / ، ولم يَكْتُبْ كِتَابًا ، فهو كذلك ، وإن كَتَبَ كِتابًا ، ثم صَحَّ من مَرَضِه ، وأقَرَّ الكِتَابَ ، فوَصِيَّتُه بحالِها ، ما لم يَنْقُضْها . ولَنا ، أنَّها وَصِيّةٌ بِشَرْطٍ لم يُوجَدْ شَرْطُها ، فبَطَلَتْ ، كما لو لم يَكْتُبْ كِتابًا ، أو كما لو وَصَّى لِقَوْمٍ فماتُوا قبلَه ، ولأنَّه قَيَّدَ وَصِيَّتَه بِقَيْدٍ ، فلا يَتَعَدَّاه ، كما ذَكَرْنا . وإن قال لأحَدِ

٨/٦ و

(١٥) فى ا : « عتقهم » .
(١٦) فى ا : « الولد » .

عَبْدَيْهِ : أنتَ حُرٌّ بعدَ مَوْتِى . وقال للآخر : أنت حُرٌّ[17] إن مِتُّ من[18] مَرَضِى هذا . فماتَ من[18] مَرَضِه ، فالعَبْدانِ سواءٌ فى التَّدْبيرِ . وإن بَرَأَ من مَرَضِه ذلك ، بَطَلَ تَدْبيرُ المُقَيَّدِ ، وبَقِىَ تَدْبيرُ المُطْلَقِ بحالِه . ولو وَصَّى لرَجُلٍ بثُلُثِه ، وقال : إن مِتَّ قَبْلِى فهو لِعَمرٍو . صَحَّتْ وَصِيَّتُه على حَسَبِ ما شَرَطَه له[19] . وكذلك فى سائرِ الشُّروطِ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ قال : « المُسْلِمُونَ على شُرُوطِهِم »[20] .

٩٦١ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا أَوْصَى لَهُ[1] بسَهْمٍ مِنْ مالِه ، أُعْطِىَ السُّدُسَ ، وَعَنْ أَبِى عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى ، يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ**)

اخْتَلَفَتِ الرِّوَايةُ عن أحمدَ رَحِمَه اللهُ ، فيما[2] لو أَوْصَى بِسَهْمٍ ، فرُوِىَ عنه ، أنَّ لِلْمُوصَى له السُّدُسَ . ورُوِى ذلك عن علىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما . وبه قال الحَسَنُ ، وإياسُ بن مُعاوِيةَ ، والثَّوْرِىُّ . والرِّوَايةُ الثانيةُ ، أنَّه يُعْطَى سَهْمًا ممَّا تَصِحُّ منه الفَرِيضَةُ ، فيُنْظَرُ ؛ كم سَهْمًا صَحَّتْ منه الفَرِيضَةُ ، فيُزادُ عليها مثلُ سَهْمٍ من سِهَامِها لِلْمُوصَى له . وهذا قول شُرَيْحٍ قال : تُرْفَعُ السِّهَامُ ، فيكون لِلْمُوصَى له سَهْمٌ . قال القاضى : هذا ما لم يَزِدْ على السُّدُسِ ، فإن زَادَ السَّهْمُ على السُّدُسِ ، فله السُّدُسُ ؛ لأنَّه مُتَحَقِّقٌ . ووَجْهُ ذلك أنَّ قولَه : سَهْمًا . يَنْبَغِى أن يَنْصرِفَ إلى سِهَامِ فَرِيضَتِه ؛ لأنَّ وَصِيَّتَه منها ، فيَنْصرِفُ السَّهْمُ إليها ، فكان واحِدًا من سِهَامِها ، كما لو قال : فَرِيضَتِى كذا وكذا سَهْمًا ، لكَ منها سَهْمٌ . وقال الخَلَّالُ وصاحِبُه : له[3] أقلُّ سَهْمٍ[4] من سِهَامِ الوَرَثةِ ؛ لأنَّ أحمدَ قال ، فى رِوَايةِ أبى طالِبٍ والأَثْرَمِ : إذا أَوْصَى

---

(١٧) سقط من : م .

(١٨) فى الأصل : « فى » .

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) تقدم تخريجه فى : ٣٠/٦ .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) فى الأصل : « فى من » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى ا ، م : « سهما » .

٨/٦ ظ / له[٥] بِسَهْمٍ من مالِه ، يُعْطَى[٦] سَهْمًا من الفَرِيضَةِ . قيل له : نَصِيبَ رَجُلٍ ، أو نَصِيبَ امْرَأةٍ ؟ قال : أقَلُّ ما يكونُ من السِّهَامِ . قال القاضى : ما لم يَزِدْ على السُّدُسِ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ . وقال صاحِباهُ : إلَّا أن يَزِيدَ على الثُّلُثِ ، فيكونُ له الثُّلُثُ . ووَجْهُ هذا القولِ ، أنَّ سِهَامَ الوَرَثةِ أنْصِباؤُهم ، فيكونُ له أقَلُّها ؛ لأنَّه اليَقِينُ ، فإن زادَ على السُّدُسِ دُفِعَ إليه السُّدُسُ ؛ لأنَّه أقَلُّ سَهْمٍ يَرِثُه ذُو قَرَابةٍ ، وقال أبو ثَوْرٍ : يُعْطَى سَهْمًا من أرْبَعةٍ وعِشْرِينَ ؛ لأنَّها أكْثَرُ أُصُولِ الفَرَائضِ ، فالسَّهْمُ منها أقَلُّ السِّهامِ . وقال الشافِعِيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُعْطِيهِ الوَرَثةُ ما شاءُوا ؛ لأنَّ ذلك يَقَعُ عليه اسْمُ السَّهمِ ، فأشْبَهَ ما لو أوْصَى له بِجُزْءٍ أو حَظٍّ . وقال عَطَاءٌ ، وعِكْرِمةُ : لا شىءَ له . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ مسعودٍ ، أن رَجُلًا أوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ من المالِ ، فأعْطاهُ النبىُّ ﷺ السُّدُسَ[٧] . ولأنَّ السَّهْمَ فى كلامِ العَرَبِ السُّدُسُ ، قال إياسُ بن مُعَاوِيَةَ : السَّهْمُ فى كلامِ العَرَبِ السُّدُسُ . فتَنْصَرِفُ الوَصِيَّةُ إليه ، كما لو لَفظَ به . ولأنَّه قولُ علىٍّ وابنِ مسعودٍ ، ولا مُخالِفَ لهما فى الصَّحابةِ ، ولأنَّ السُّدُسَ أقَلُّ سَهْمٍ مَفْرُوضٍ يَرِثُه ذُو قَرابةٍ ، فتَنْصَرِفُ الوَصِيَّةُ إليه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ السُّدُسَ الذى يَسْتَحِقُّه المُوصَى له يكون بمَنْزِلةِ سُدُسٍ مَفْرُوضٍ . فإن كانت المَسْأَلةُ كامِلةَ الفُرُوضِ ، أُعِيلَتْ به ، وإن كانت عائِلةً ، زادَ عَوْلُها به . وإن كان فيها رَدٌّ أو كانوا عَصَبَةً ، أُعْطِىَ سُدُسًا كامِلًا . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ ابن مَنْصُورٍ ، وحَرْبٍ : إذا أوْصَى الرَّجُلُ بسَهْمٍ من مالِه ، يُعْطَى السُّدُسَ ، إلَّا أن تَعُولَ الفَرِيضَةُ ، فيُعْطَى سَهْمًا مع العَوْلِ . فكأنَّ مَعْنَى الوَصِيَّةِ ، أوْصَيْتُ لك بِسَهْمٍ من يَرِثُ السُّدُسَ . فلو أوْصَى له بِسَهْمٍ فى مَسْأَلةٍ فيها زَوْجٌ

---

(٥) سقط من : ا .

(٦) فى ا : « أعطى » .

(٧) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب من كره أن يوصى بمثل أحد ... ، من كتاب الوصايا . المصنف ١١ /١٧١ . وأورده الهيثمى ، فى : باب فى من أوصى بسهم من ماله ، من كتاب الوصايا . مجمع الزوائد ٤ /٢١٣ وعزاه للطبرانى فى الأوسط .

وأُخْتٌ ، كان له السُّبُعُ ، كما لو كان معهما جَدَّةٌ ، على الرِّواياتِ الثَّلاث . وكذلك لو كان فى المَسْأَلةِ أمٌّ وثَلاثُ / أَخَواتٍ مُتفرِّقاتٍ . فإن كان معهم زَوْجٌ ، فالمَسْأَلةُ من تِسْعةٍ ، ولِلْمُوصَى له العُشْرُ ، على الرِّواياتِ الثَّلاثِ . وإن كان الوَرَثةُ ثَلاثَ أَخَواتٍ مُتَفرِّقات ، فلِلْمُوصَى له السُّدُسُ على الرِّواياتِ الثَّلاثِ . وإن كانوا زَوْجًا وأَبَوَيْنِ وابْنَيْنِ ، فالمَسْأَلةُ من خَمْسَةَ عَشَرَ ، وتَعُولُ بسُدُسٍ آخَرَ ، فتَصِيرُ من سَبْعَةَ عَشَرَ . وكذلك على قولِ الخَلّالِ ؛ لأنَّ أقَلَّ سِهَامِ الوَرَثةِ سُدُسٌ . وعلى الرِّوَايةِ الأُخْرَى ، يكونُ لِلْوَصِيِّ سَهْمٌ واحِدٌ ، يُزَادُ على خَمْسَةَ عَشَرَ ، فتَصِيرُ سِتَّةَ عَشَرَ . وإن كانوا زَوْجَةً وأبَوَيْنِ وابْنًا ، فالفَرِيضَةُ من أَرْبعةٍ وعِشْرِينَ ، وتَعُولُ بالسُّدُسِ المُوصَى به إلى ثَمانِيةٍ وعِشْرِينَ . وعلى الرِّوَايةِ الثانية ، يُزَادُ عليها سَهْمٌ واحِدٌ لِلْمُوصَى له ، فتكونُ من خَمْسَةٍ وعِشْرِينَ . وعلى قول الخَلَّالِ : يُزَادُ عليها مِثْلُ سَهْمِ الزَّوْجةِ ، فتكونُ من سَبْعَةٍ وعِشْرِينَ . وإن كانوا خَمْسةَ بَنِينَ فلِلْوَصِيِّ[8] السُّدُسُ كامِلًا ، وتَصِحُّ من سِتّةٍ[9] على الرِّواياتِ الثَّلاث . فإن كان معهم زَوْجَةٌ ، صَحَّتِ الفَرِيضَةُ من أَرْبَعِينَ ، فتَزِيدُ عليها سَهْمًا لِلْوَصِيِّ ، على إحْدَى الرِّوَاياتِ ، تَصِير أحَدًا[10] وأَرْبَعِينَ . وعلى قول الخَلَّالِ ، تَزِيدُ مثلَ نَصِيبِ الزَّوْجةِ ، فتَصِيرُ خَمْسَةً وأربَعِينَ . وعلى الرِّوَايةِ الأُولَى ، نَزِيدُ عليها مثل سُدُسِها ، ولا سُدُسَ لها ، فنَضْرِبُها فى سِتَّةٍ ، ثم نَزِيدُ عليها سُدُسَها ، تكونُ مائتَيْنِ وثَمانِينَ ، لِلْوَصِيِّ أَرْبَعُونَ ، ولِلزَّوْجَةِ ثَلاثُونَ ، ولكل ابْنٍ اثْنانِ وأَرْبَعُونَ . ولو خَلَّفَ أَبَوَيْنِ وابْنَيْنِ ، وأَوْصَى لِرَجُلٍ بسُدُسِ مالِه ، ولآخَرَ بسَهْمٍ ، جَعَلْتَ ذا السَّهْمِ كالأُمِّ ، وأَعْطَيْتَ صاحِبَ السُّدُسِ سُدُسًا كامِلًا ، وقَسَمْتَ الباقِى بين الوَرَثةِ والمُوصَى له على سَبْعةٍ ، فتَصِحُّ من اثْنَيْنِ وأَرْبَعِينَ ، لِصَاحِبِ السُّدُسِ سَبْعةٌ ، ولِصَاحِبِ السَّهْمِ خَمْسَةٌ ، على الرِّواياتِ الثَّلاثِ . ويَحْتَمِلُ أن يُعْطَى ذُو

٩/٦ و

---

(٨) فى الأصل : « فللموصى » .

(٩) فى الأصل زيادة : « عشر » .

(١٠) فى الأصل : « إحدى » .

السَّهْمِ السُّبْعَ كامِلًا ، كأنَّه أَوْصَى له به[11] من غيرِ وَصِيَّةٍ أخرى ، فيكونُ له سِتَّةٌ ، ويَبْقَى تِسْعةٌ وعِشْرُونَ على سِتَّةٍ لا تَنْقَسِمُ / ، فنَضْرِبُها فى اثْنَيْنِ وأَرْبَعِينَ ، تكونُ مائتَيْنِ واثْنَيْنِ وخَمْسِينَ . ٩/٦ ظ

فصل : وإن أَوْصَى بِجُزْءٍ أو حَظٍّ أو نَصِيبٍ أو شىءٍ من مالِه ، أَعْطاه الوَرَثةُ ما شاءُوا . لا أَعْلَمُ فيه خِلَافًا . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وغيرُهم ؛ لأنَّ كلَّ شىءٍ جُزْءٌ ونَصِيبٌ وحَظٌّ وشىءٌ . وكذلك إن قال : أَعْطُوا فُلَانًا من مالِى ، أو ارْزُقُوه . لأنَّ ذلك لا حَدَّ له فى اللُّغةِ ، ولا فى الشَّرْعِ ، فكان على إطْلَاقِه .

٩٦٢ ـ مسألة ؛ قال : (وَإذَا أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ ، ولَمْ يُسَمِّه ، كَانَ لَهُ مِثْلُ مَا لأَقَلِّهِم نَصِيبًا كَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ . وَهُمْ ابْنٌ وأَرْبَعُ زَوْجاتٍ ، فَتَكُونُ صَحِيحَةً مِنَ اثْنَيْنِ وثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلزَّوْجَاتِ الثُّمنُ ، وَهُوَ أَرْبَعَةٌ ، وَمَا بَقِىَ فلِلابْنِ ، فَزِدْ فى سِهَامِ الْفَرِيضَةِ مِثْلَ حَظِّ امْرَأةٍ مِنْ نِسَائِهِ ، فَتَصِيرُ الْفَرِيضَةُ مِنْ ثَلَاثَةٍ وثَلَاثِينَ سَهْمًا ، لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمٌ ، ولِكُلِّ امْرأةٍ سَهْمٌ ، ومَا بَقِىَ فَلِلابْنِ)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا أَوْصَى بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِ وَرَثَتِه ، غيرَ مُسَمًّى ، فإن كان الوَرَثَةُ يَتَسَاوَوْنَ فى المِيرَاثِ كالبَنِين ، فله مثلُ نَصِيبِ أحَدِهم ، مُزَادًا على الفَرِيضَةِ ، ويُجْعَلُ كواحِدٍ منهم زَادَ فيهم . وإن كانوا يَتَفاضَلُونَ ، كمَسْأَلِةِ الخِرَقِىِّ ، فلَه مثلُ نَصِيبِ أقَلِّهم مِيرَاثًا ، يُزَادُ على فَرِيضَتِهم . وإن أَوْصَى بنَصِيبِ وارِثٍ مُعَيَّنٍ ، فله مثلُ نَصِيبِه مُزَادًا على الفَرِيضةِ . هذا قول الجُمْهُورِ . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ . وقال مالِكٌ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وزُفَرُ ، ودَاوُدُ : يُعْطَى مثلَ نَصِيبِ المُعَيَّنِ ، ومثلَ نَصِيبِ أحَدِهِم ، إذا كانوا يَتَسَاوونَ من أصْلِ المالِ ، غيرَ مَزِيدٍ ، ويُقْسَمُ الباقِى بين الوَرَثةِ ؛ لأنَّ نَصِيبَ

---

(11) سقط من : م .

الوارِثِ قبلَ الوَصيَّةِ من أصْلِ المالِ . فلو أَوْصَى بمثلِ نَصيبِ ابْنِه ، وله ابْنٌ واحدٌ ، فالوَصيَّةُ بجَمِيعِ المالِ . وإن كان له ابْنانِ ، فالوَصيّةُ بالنِّصْفِ . وإن كانوا ثَلاثَةً ، [1]فالوَصيّةُ بالثُّلُثِ[1] . وقال مالكٌ : إن كانوا يَتفاضَلُونَ ، نُظِرَ إلى [2]عَدَدِ رُءُوسِهم[2] ، فأُعْطِى سَهْمًا من عَدَدِهم ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اعْتِبارُ أَنْصِبائِهم / لِتَفاضُلِهم ، فاعْتُبِرَ عَدَدُ رُءُوسِهم . ولَنا ، أنَّه جَعَلَ وارِثَه أصْلًا وقاعِدَةً ، حَمَلَ عليه نَصِيبَ المُوصَى له ، وجَعَلَه مثلًا له . وهذا يَقْتَضِى أن لا يُزادَ أحَدُهُما على صاحِبه . ومتى أُعْطِىَ من أصْلِ المالِ ، فما أُعْطِىَ مثلَ نَصِيبِه ، ولا حَصَلَتْ[3] التَّسْوِيةُ ، والعِبارَةُ تَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ . وإنَّما جَعَلَ له[4] مثلَ أَقَلِّهم نَصِيبًا ؛ لأنَّه اليَقِينُ ، وما زادَ فمَشْكُوكٌ فيه ، فلا يَثْبُتُ مع الشَّكِّ ، وقوله : « يُعْطَى سَهْمًا من عَدَدِهم » . خِلافُ ما يَقْتَضِيه لَفْظُ المُوصِى ؛ فإنَّ هذا ليس بنَصِيبٍ لأحدِ وَرَثَتِه ، ولَفْظُه إنَّما اقْتَضَى نَصِيبَ أحَدِهم ، وتَفاضُلُهم لا يَمْنَعُ كَوْنَ نَصِيبِ الأقَلِّ نَصِيبَ أحَدِهم ، فيَصْرِفُه إلى الوَصِىِّ ، لقولِ المُوصِى ، وعَمَلًا بمُقْتَضَى وَصِيَّتِه . وذلك أَوْلَى من اخْتِراعِ شيءٍ لا يَقْتَضِيه قولُ المُوصِى أصْلًا . وقوله : تَعَذَّرَ العَمَلُ بقولِ المُوصِى . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّه أمْكَنَ العَمَلُ به بما قُلْناه ، ثم لو تَعَذَّرَ العَمَلُ به ، لَما جازَ أن يُوجِبَ فى مالِه[5] حَقًّا لم يَأْذَنْ فيه ولم يَأْمُرْ به . وقد مَثَّلَ الخِرَقِىُّ فى هذه المَسْأَلِةِ بما أغْنَى عن تَمْثِيلِها . ولو قال : أَوْصَيْتُ بمِثْلِ نَصِيبِ أَقَلِّهم مِيراثًا . كان كما لو أطْلَقَ ، وكان ذلك تَأْكِيدًا . وإن قال : أوْصَيْتُ بمثلِ نَصِيبِ أكْثَرِهم مِيراثا . فله ذلك ، مُضَافًا إلى المَسْأَلِةِ ، فيكونُ له فى مَسْأَلِةِ الخِرَقِىِّ ثمانِيَةٌ وعِشْرُونَ ، تُضَمُّ إلى الفَرِيضَةِ ، فيكونُ الجَميعُ سِتِّينَ سَهْمًا .

٦/١٠ و

(١ - ١) فى الأصل ، ا : « فله الثلث » .
(٢ - ٢) فى م : « عددهم » .
(٣) فى م زيادة : « له » .
(٤) فى الأصل : « لهم » .
(٥) فى م : « مال » .

فصل : وإن أَوْصَى بِنَصِيبِ وارِثٍ ، ففيها وَجْهانِ ؛ أحدهما ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ ، ويكونُ ذلك كالوَصِيَّةِ بمثلِ نَصِيبِه . وهذا قولُ مالكٍ ، وأهلِ المَدِينةِ ، واللُّؤْلُؤِىِّ ، وأهْلِ البَصْرةِ ، وابنِ أبِى لَيْلَى ، وزُفَر ، ودَاوُدَ . والوَجْهُ الثانى ، لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ . وهو الذى ذَكَره القاضى . وهو قولُ أصْحابِ الشافِعِىِّ ، وأبى حَنِيفةَ ، وصاحِبَيْه ؛ لأنَّه أَوْصَى بما هو حَقٌّ للابْنِ ، فلم يَصِحّ ، كما لو قال : بِدَارِ ابْنِى ، أو بما يَأْخُذُه ابْنِى . ووَجْهُ الأَوَّلِ ، أنَّه أمْكَنَ تَصْحِيحُ وَصِيَّته / بِحَمْلِ لَفْظِه على مَجَازِه ، فصَحَّ ، كما لو طَلَّقَ بلَفْظِ الكِنَايةِ ، أو أعْتَقَ . وبَيانُ إمْكانِ التَّصْحِيحِ ، أنَّه أمْكَنَ تَقْدِيرُ حَذْفِ المُضافِ ، وإقَامةُ المُضافِ إليه مُقامَه ، أى بمثلِ نَصِيبِ وَارِثِى . ولأنَّه لو أَوْصَى بجَمِيعِ مالِه ، صَحَّ ، وإن تَضَمَّنَ ذلك الوَصِيّةَ بنَصِيبِ وُرَّاثِه كُلِّهم .

١٠/٦ ظ

فصل : وإن قال : أَوْصَيْتُ لك بِضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِى . فله مِثْلَا نَصِيبِه . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال أبو عُبَيْدةَ القاسِمُ بن سَلَّامٍ : الضِّعْفُ المِثْلُ . واسْتَدَلَّ بقولِ الله تعالى : ﴿ يُضَاعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾[6] . أى مِثْلَيْنِ ، وقوله : ﴿ فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾[7] . أى مِثْلَيْنِ ، وإذا كان الضِّعْفانِ مِثْلَيْنِ ، فالواحِدُ مِثْلٌ . ولَنا ، أنَّ الضِّعْفَ مِثْلَانِ ، بدَلِيلِ قوله تعالى : ﴿ إذًا لأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ ٱلْحَيَاةِ وَضِعْفَ ٱلْمَمَاتِ ﴾[8] . وقال : ﴿ فأُوْلَٰئِكَ لَهُم جَزَاءُ ٱلضِّعْفِ بِمَا عَمِلُواْ ﴾[9] . وقال : ﴿ وَمَا ءَاتَيْتُم مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ ٱللهِ فأُولَٰئِكَ هُمُ ٱلْمُضْعِفُونَ ﴾[10] . ويُرْوَى عن عُمَرَ ، أنَّه أضْعَفَ الزَّكاةَ على نَصارَى بَنِى تَغْلِبَ ، فكان يَأْخُذُ من المائتَيْنِ عَشَرَةً . وقال لِحُذَيْفَةَ وعثمانَ بن حُنَيْفٍ : لَعَلَّكُما حَمَّلْتُما الأَرْضَ ما لا تطِيقُ ؟ فقال عثمانُ : لو

---

(٦) سورة الأحزاب ٣٠ .

(٧) سورة البقرة ٢٦٥ .

(٨) سورة الإسراء ٧٥ .

(٩) سورة سبأ ٣٧ .

(١٠) سورة الروم ٣٩ .

أضْعَفْتُ عليها لَاحْتَمَلَتْ[11] . قال الأَزْهَرِيُّ : الضِّعْفُ المِثْلُ فما فَوْقَه . وأمَّا قولُه : إنَّ الضِّعْفَيْنِ المِثْلانِ . فقد رَوَى ابنُ الأَنْبارِيِّ ، عن هِشَامِ بن مُعَاوِيَةَ النَّحْوِيِّ قال : العَرَبُ تَتَكَلَّمُ بالضِّعْفِ مُثَنًّى ، فتقول : إن أَعْطَيْتَنِي دِرْهَمًا فلك ضِعْفَاهُ . أى مِثْلَاهُ . وإفْرادُه لا بَأْسَ به ، إلَّا أن التَّثْنِيةَ أَحْسَنُ . يَعْنِى أنَّ المُفْرَدَ والمُثَنَّى فى هذا بمَعْنًى واحِدٍ ، [12]وكِلاهُما يُرادُ به المِثْلانِ ، وإذا اسْتَعْملوه على هذا الوَجْهِ وَجَبَ اتِّباعُهم فيه وإن خالَفَ القِيَاسَ[12] . وقال أبو عُبَيْدَةَ مَعْمَرُ بن المُثَنَّى : ضِعْفُ الشَّىءِ [13]هو ومِثْلُه[13] ، وضِعْفاهُ هو [14]ومِثْلَاه[14] ، وثَلَاثَةُ أَضْعَافِه أربعةُ[15] أَمْثالِه ، وعلى هذا .

فصل : وإن قال : أَوْصَيْتُ لك بضِعْفَىْ نَصِيبِ ابْنِى ./فله مِثْلَا نَصِيبِه . وإن قال : ثَلَاثَة أضْعَافِه . فله ثَلَاثَةُ أَمْثَالِه . هذا الصَّحِيحُ عِنْدِى . وهو قولُ أبى عُبَيْدٍ . وقال أصْحابُنا : إن أَوْصَى بضِعْفَيْه ، فله ثَلَاثَةُ أَمْثالِه . وإن أَوْصَى بثَلَاثَةِ أضْعافِه ، فله أَرْبَعةُ أَمْثالِه . وعلى هذا كلما زَادَه[16] ضِعْفًا زادَ مَرَّةً . وهذا قولُ الشافِعِىِّ . واحْتَجُّوا بقولِ أبى عُبَيْدَةَ وقد ذَكَرْناه . وقال أبو ثَوْرٍ : ضِعْفاهُ أَرْبَعةُ أَمْثالِه ، وثَلَاثَةُ أضْعافِه سِتَّةُ أَمْثالِه ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ أنَّ ضِعْفَ الشىءِ مِثْلَاه ، فتَثْنِيَتُه مِثْلَا مُفْرَدِه ، كسائِرِ الأسْماءِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَآتَتْ أُكُلَها ضِعْفَيْنِ ﴾ . قال عِكْرِمَةُ : تَحْمِلُ فى كلِّ عامٍ مَرَّتَينِ . وقال عَطاءٌ : أَثْمَرَتْ فى سَنَةٍ مثلَ ثَمَرَةِ غيرها سَنَتَينِ . ولا خِلَافَ بين المُفَسِّرِينَ فيما عَلِمْتُ فى تَفْسِيرِ قولِه تعالى : ﴿ يُضَاعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ . أنَّ المُرادَ به مَرَّتَيْنِ . وقد دَلَّ عليه قولُه تعالى : ﴿ نُؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾[17] . ومُحالٌ أن يَجْعَلَ أجْرَها على العَمَلِ الصَّالِحِ مَرَّتَيْنِ وعَذَابَها على الفاحِشَةِ[18]

٦/١١ و

---

(١١) الأموال ، لأبى عبيد ٤٠ ، ٤١ .

(١٢ – ١٢) سقط من : م .

(١٣ – ١٣) فى م : « هو مثله » .

(١٤ – ١٤) فى م : « هو مثلاه » .

(١٥) فى م : « ثلاثة » .

(١٦) فى الأصل ، ا : « زاد » .

(١٧) سورة الأحزاب ٣١ .

(١٨) فى م : « العمل الفاحش » .

ثَلاثَ مَرَّاتٍ ، فإنَّ اللهَ تعالى إنَّما يُرِيدُ تَضْعِيفَ الحَسنَاتِ على السَّيِّئَاتِ ، وهذا[19] المَعْهُودُ من كَرَمِه وفَضْلِه ، وأما قولُ أبى عُبَيْدَةَ [20] فقد خالَفَه [20] غيرُه ، وأنْكَرُوا قولَه . قال ابنُ عَرَفَةَ : لا أُحِبُّ قولَ أبى عُبَيْدَةَ فى : ﴿ يُضَاعَفْ لَهَا ٱلْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ . لأنَّ اللهَ تعالى قال فى آيةٍ أخرى : ﴿ نُّؤْتِهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ ﴾ . فأعْلَمَ أنَّ لها من هذا حَظَّيْنِ ، ومن هذا حَظَّينِ . وقد نَقَلَ مُعَاوِيَةُ بن هِشَامٍ النَّحْوِى ، عن العَرَبِ ، أنَّهم يَنطِقُونَ بالضِّعْفِ مُثَنًّى ومُفْرَدًا بمعنًى[21] واحِدٍ . ومُوَافَقَةُ العَرَبِ على لِسَانِهم ، مع ما دَلَّ عليه كَلَامُ اللهِ تعالى العَزِيزِ وأقوالُ[22] المُفَسِّرِينَ من التابِعِينَ وغيرِهم ، أَوْلَى من قولِ أبى عُبَيْدَةَ المُخَالِفِ لذلك كلِّه ، مع مُخَالَفَةِ القِيَاسِ ، ونِسْبَةُ الخَطَأ إليه أَوْلَى من تَخْطِئَةِ ما ذَكَرْناه . وأمَّا قولُ أبى ثَوْرٍ ، فظَاهِرُ الفَسَادِ ؛ لما فيه من مُخَالَفَةِ الكِتَابِ والعَرَبِ وأهْلِ العَرَبِيَّةِ ، ولا يَجُوزُ التَّمَسُّكُ بمُجَرَّدِ القِيَاسِ المُخَالِفِ / لِلنَّقْلِ ، فقد يَشِذُّ من العَرَبِيَّةِ كَلِماتٌ تُؤْخَذُ نَقْلًا بغير قِيَاسٍ . واللهُ أعلمُ . (١١/٦ ظ)

فصل : وإن وَصَّى بمثلِ نَصِيبِ مَنْ لا نَصِيبَ له ، مثل أن يُوصِىَ بنَصِيبِ ابْنِه ، وهو مِمَّنْ لا يَرِثُ ، لِكَوْنِه رَقِيقًا ، أو مُخَالِفًا لِدِينِه ، أو بنَصِيبِ أخِيه وهو مَحْجُوبٌ عن مِيرَاثِه ، فلا شَىْءَ لِلْمُوصَى له ؛ لأنَّه لا نَصِيبَ له ، فمِثْلُه لا شَىْءَ له .

فصل : وإن أَوْصَى لِرَجُلٍ بثُلُثٍ ، ولآخَرَ بِرُبْعٍ ، ولآخَرَ بخُمْسٍ ، ولآخَرَ بمِثْلِ وَصِيَّةِ أحَدِهِم ، فله الخُمْسُ . وإن وَصَّى لِرَجُلٍ بعَشَرَةٍ ، ولآخَرَ بِسِتَّةٍ ولآخَرَ بأرْبَعةٍ ، ولآخَرَ بمِثْلِ وَصِيَّةِ أحَدِهِم ، فله أرْبَعةٌ ؛ لأنَّها اليَقِينُ . وإن قال : فلانٌ شَرِيكُهم . فله خُمْسُ ما لِكُلِّ واحِدٍ منهم . وإن وَصَّى لأَحَدِهِم بمائةٍ ، ولآخَرَ بدَارٍ ،

---

(١٩) فى م : « وهذا هو » .

(٢٠ - ٢٠) فى م : « فخالفه فيه » .

(٢١) فى م : « بمثنى » .

(٢٢) فى م : « وقول » .

ولآخَرَ بِعَبْدٍ ، ثم قال : فلانٌ شَرِيكُهُمْ . فله نِصْفُ ما لكلِّ واحدٍ منهم . ذَكَرَها الْخَبْرِىُّ ؛ لأنَّه هٰهُنا يُشَارِكُ كلَّ واحدٍ منهم مُنْفَرِدًا ، والشَّرِكَةُ تَقْتَضِى التَّسْوِيَةَ ، فلهذا كان له النِّصْفُ ، بخِلَافِ الأُولَيَيْنِ ، فإنَّهم كلَّهم مُشْتَرِكُونَ ، وقال ابنُ القاسِمِ : له الرُّبْعُ فى الجَمِيعِ .

فصل : ولو أَوْصَى بمثْلِ نَصِيبِ وارِثٍ لو كان ، فقَدِّرِ[23] الوارثَ مَوْجُودًا ، وانْظُرْ ما لِلْمُوصَى له مع وُجُودِه ، فهو له مع عَدَمِه . فإن خَلَّفَ ابْنَيْنِ ، وأَوْصَى بمثل نَصِيبِ[24] ثالثٍ لو كان[24] ، فلِلْمُوصَى له الرُّبْعُ . ولو وَصَّى بمثلِ نَصِيبِ خامِسٍ لو كان ، فلِلمُوصَى له السُّدُسُ . وعلى هذا أَبَدًا . ولو خَلَّفَتْ زَوْجًا وأُخْتًا[25] ، وأَوْصَتْ بمثلِ نَصِيبِ أُمٍّ لو كانت ، فلِلْمُوصَى له الخُمْسُ ؛ لأنَّ للأُمِّ الرُّبْعَ لو كانت ، فيَجْعَلُ لها[26] سَهْمًا مُضَافًا إلى أَرْبعةٍ ، يَكُنْ خُمْسًا ، فَقِسْ على هذا .

٩٦٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَلَّفَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ ، وأَوْصَى لِآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ الرُّبْعُ)

هذا قولُ أكثرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم ؛ الشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وعند مالكٍ ومُوَافِقِيه ، لِلْمُوصَى له الثُّلُثُ ، والباقِى بين البَنِين[1] . وتَصِحُّ من تِسْعةٍ . وقد دَلَّلْنا على فَسَادِه . ولو خَلَّفَ ابْنًا واحِدًا ، وأَوْصَى بمثلِ نَصِيبِه ، فلِلْمُوصَى له النِّصْفُ فى حالِ الإجَازَةِ ، والثُّلُثُ فى حالِ الرَّدِّ . وعند مالِك ، لِلْمُوصَى له فى حالِ الإجَازَةِ جَمِيعُ المالِ .

فصل : فإن خَلَّفَ بِنْتًا ، وأَوْصَى بمثلِ نَصِيبِها ، فالحُكْمُ فيها كالحُكْمِ فيما لو كان

---

(٢٣) فى م : « فقد » .

(٢٤ – ٢٤) فى م : « الثالث » .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) فى الأصل ، م : « له » .

(١) فى م : « الابنين » .

١٢/٦ و ابنًا عندَ مَنْ يَرَى الرَّدَّ ؛ لأنَّها/تأْخُذُ المالَ كلَّه بالفَرْضِ والرَّدِّ ، ومَنْ لا يَرَى الرَّدَّ يقْتَضِى قَوْلُه أن يكونَ له الثُّلُثُ ، ولها نِصْفُ الباقِى ، وما بَقِىَ لِبَيْتِ المالِ . ويَقْتَضِى قولُ مالكٍ أن يكونَ[2] لِلْمُوصَى له النِّصْفُ فى حال الإجَازَةِ ، ولها نِصْفُ الباقِى ، وما بَقِىَ لِبَيْتِ المالِ . فإن خَلَّفَ ابْنَتَيْنِ ، وأوْصَى بمثلِ نَصِيبِ إحْداهما ، فهى من ثَلَاثةٍ عنْدَنا . ويَقتَضِى قول مَنْ لا يَرَى الرَّدَّ أنَّها من أرْبعةٍ ، لِبَيْتِ المالِ الرُّبْعُ ، ولكلِّ واحدٍ منهم رُبْعُهُ . ويَقْتَضِى قولُ مالكٍ أنَّ الثُّلُثَ لِلْمُوصَى له ، ولِلْبِنْتَيْنِ ثُلُثَا ما بَقِىَ ، والباقِى لِبَيْتِ المالِ . وتَصِحُّ من تِسْعةٍ . فإن خَلَّفَ[3] جَدَّةً وَحْدَها ، وأوْصَى بمِثْلِ نَصِيبِها ، فقِيَاسُ قَوْلِنا أنَّ المالَ بينهما نِصْفَيْنِ . وقِياسُ قولِ مَنْ لا يَرَى الرَّدَّ أنَّها من سَبْعةٍ ، لكلِّ واحدٍ منهما السُّبْعُ ، والباقِى لِبَيْتِ المالِ . وقِياسُ قولِ مالكٍ أنَّ لِلْمُوصَى له السُّدُسَ ، ولِلْجَدَّةِ سُدُسُ ما بَقِىَ ، والباقِى لِبَيْتِ المالِ .

فصل : وإذا خَلَّفَ ثَلَاثةَ بَنِينَ ، وأوْصَى لِثَلَاثةٍ بمِثْلِ أنْصِبَائِهم ، فالمالُ بينهم على سِتَّةٍ إن أجَازُوا ، وإن رَدُّوا فمن تِسْعَةٍ ، لِلْمُوصَى لهم الثُّلُثُ ثَلَاثَةٌ ، والباقِى بين البَنِينَ على ثَلَاثةٍ . فإن أجَازُوا لواحِدٍ وَرَدُّوا على اثْنَيْنِ ، فلِلْمَرْدُودِ عليهما التُّسْعانِ اللَّذانِ كانا لهما فى حالِ الرَّدِّ عليهم . وفى المُجَازِ له وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، له السُّدُسُ الذى كان له فى حالِ الإجَازَةِ للجَمِيعِ . وهذا قولُ أبى يوسفَ ، وابنِ سُرَيْجٍ ، فيَأْخُذُ السُّدُسَ والتُّسْعَيْنِ من مَخْرَجِهِمَا ، وهو ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، يَبْقَى أحَدَ عَشَرَ بين البَنِين ، على ثَلَاثةٍ لا يَصِحُّ ، فيُضْرَبُ عَدَدُهُم فى ثَمَانِيةَ عَشَرَ ، تَكُنْ أرْبعةً وخَمْسِينَ ، لِلْمُجازِ له السُّدُسُ تِسْعَةٌ ، ولكلِّ واحدٍ من صاحِبَيْه سِتَّةٌ ، ولكلِّ ابْنٍ أحَدَ عَشَرَ . والوَجْهُ الثانى ، أن يُضَمَّ المُجَازُ له إلى البَنِين ، ويُقْسَمَ الباقِى بعدَ التُّسْعَيْنِ عليهم ، وهم أرْبَعَةٌ ، لا تَنْقَسِمُ ،

---

(٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٣) فى م : « خلص » تحريف .

فتضرِبُ أرْبعةً فى تِسْعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةً وَثلاثِينَ ، فإن أجازَ الوَرثةُ بعدَ ذلك للآخَرِينَ ، أتمُّوا لِكُلِّ واحدٍ منهم تَمَامَ سُدُسِ المالِ ، فيَصِيرَ المالُ بينهم أسْداسًا على الوَجْهِ الأوَّلِ ، وعلى الوَجْهِ الآخَرِ يَضُمُّونَ ما حَصَلَ لهم ، وهو أحَدٌ وعِشْرُونَ من سِتَّةٍ وثَلاثِينَ ، إلى ما حَصَلَ لهما وهو ثمانِيَةٌ ، ثم يَقْتَسِمُونَه بينهم على خَمْسةٍ ، لا يَصِحُّ ، فتَضرِبُ خَمْسَةً فى سِتَّةٍ وثَلاثِينَ ، تَكُنْ مائةً وثَمانِينَ ، ومنها تَصِحُّ . وإن أجازَ أحَدُ / البَنِينَ لهم ، ورَدَّ الآخَرانِ عليهم ، فلِلْمُجِيزِ السُّدُسُ ، وهو ثَلاثةٌ من ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، ولِلَّذَيْنِ لم يُجِيزا[4] أرْبعَةُ أتْساعٍ ، ثَمانِيَةٌ[5] ، تَبْقَى سَبْعةٌ بين المُوصَى لهم على ثَلاثةٍ ، اضْرِبْها[6] فى ثمانِيةَ عَشَرَ ، تَكُنْ أرْبَعةً وخَمْسِينَ . وإن أجازَ واحدٌ لواحِدٍ ، دَفَعَ إليه ثُلُثَ ما فى يَدِه من الفَضْلِ ، وهو ثُلُثُ سَهْمٍ من ثمانِيةَ عَشَرَ ، فَاضْرِبْها فى ثَلاثةٍ ، تكُنْ أرْبعةً وخَمْسِينَ . واللهُ أعلمُ .

١٢/٦ ظ

فصل : وإذا وَصَّى لِرَجُلٍ بجُزْءٍ مُقَدَّرٍ ، ولآخَرَ بمِثْلِ نَصِيبِ وارِثٍ من وَرَثَتِه ، ففيها وَجْهانِ ؛ أحدُهما ، يُعْطَى الجُزْءُ لِصَاحِبه ، ويُقْسَمُ الباقِى بين الوَرَثةِ والمُوصَى له ، كأنَّه ذلك الوارِثُ إن أجازُوا . وإن رَدُّوا ، قَسَّمْتَ الثُّلُثَ بين الوَصِيَّيْنِ على حَسَبِ ما كان لهما فى حالِ الإجازَةِ ، والثُّلُثانِ بين الوَرَثةِ . والوَجْه الثانى ، أن يُعْطَى صاحِبُ النَّصِيبِ مِثْلَ نَصِيبِ الوارِثِ ، كأن لا وَصِيَّةَ سِوَاها . وهذا قولُ يَحْيَى بن آدَمَ[7] ، مثالُه : رَجُلٌ أوْصَى بثُلُثِ مالِه لِرَجُلٍ ، ولآخَرَ بمِثْلِ نَصِيبِ أحَدِ بَنِيه ، وهم ثَلاثةٌ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، لِلْمُوصَى له بالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وما بَقِىَ بين البَنِينَ والوَصِىِّ على أرْبَعةٍ ، وتَصِحُّ من سِتَّةٍ ، لِصاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمانِ ، وللآخَرِ سَهْمٌ ، فإن رَدُّوا فالثُّلُثُ بين

---

(٤) فى ا ، م : « يجيزوا » .

(٥) فى الأصل زيادة : « عشر » خطأ .

(٦) فى الأصل ، ا : « نضربها » .

(٧) يحيى بن آدم الكوفى المقرئ الحافظ الفقيه ، المتوفى سنة ثلاث ومائتين . العبر ٣٤٣/١ .

الوَصِيَّيْنِ على ثَلَاثَةٍ ، والثُّلُثانِ بين البَنِين على ثَلَاثةٍ ، وتَصِحُّ من تِسْعةٍ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وللآخَرِ الرُّبْعُ إن أُجِيزَ لهما ، وإن رُدَّ عليهما ، قَسَّمْتَ الثُّلُثَ بينهما على سَبْعةٍ ، والثُّلُثانِ لِلْوَرَثةِ ، وتَصِحُّ من ثَلاثةٍ وسِتِّينَ . وإن كان الجُزْءُ يَزِيدُ على الثُّلُثِ ، مثل إن أَوْصَى لِرَجُلٍ بالنِّصْفِ ، ولآخَرَ بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ بَنِيه ، ففيها وَجْهٌ ثالِثٌ ، وهو أن يَجْعَلَ لِصَاحِبِ النَّصِيبِ نَصِيبَه من الثُّلُثَيْنِ ، وهو رُبْعُها[8] ؛ لأنَّ الثُّلُثَيْنِ حَقُّ الوَرَثةِ ، لا يُؤْخَذُ منهما[9] شيءٌ إلَّا بإجَازَتِهم ورِضَاهُم ، فيكون صاحِبُ النَّصِيبِ كواحِدٍ منهم ، لا تَنْقُصُ من السُّدُسِ شَيْئًا إلَّا بإجَازَتِه . فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، لِصَاحِبِ الجُزْءِ النِّصْفُ ، والباقِي بين الآخَرِ والبَنِينَ على أرْبَعةٍ ، وتَصِحُّ من ثَمَانِيةٍ/ إن أجَازُوا ، وإن رَدُّوا قَسَّمْتَ الثُّلُثَ بين الوَصِيَّيْنِ على خَمْسَةٍ ، والثُّلُثَيْنِ بين البَنِينَ على ثَلاثةٍ ، وتَصِحُّ من خَمْسَةٍ وأرْبَعِينَ . وعلى الوَجْهِ الثاني ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفُ ، وللآخَرِ الرُّبْعُ ، ويَبْقَى الرُّبْعُ بين البَنِينَ ، وتَصِحُّ من اثْنَى عَشَرَ ، وإن رَدُّوا فالثُّلُثُ بين الوَصِيَّيْنِ على ثَلاثةٍ ، وتَصِحُّ من تِسْعةٍ . وعلى الوَجْهِ الثالِثِ ، لِصاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفُ ، وللآخَرِ السُّدُسُ ، ويَبْقَى الثُّلُثُ بين البَنِينَ على ثَلاثةٍ ، وتَصِحُّ من ثَمانِيةَ عَشَرَ ، وإن رَدُّوا ، فالثُّلُثُ بين الوَصِيَّيْنِ على أرْبَعةٍ ، وتَصِحُّ من سِتَّةٍ وثَلاثِينَ . وإن أَوْصَى لِصاحِبِ الجُزْءِ بالثُّلُثَيْنِ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ[10] رُبْعُ الثُّلُثِ ، سَهْمٌ من اثْنَى عَشَرَ إن أجَازُوا ، وإن رَدُّوا قَسَّمْتَ الثُّلُثَ بين الوَصِيَّيْنِ على تِسْعةٍ . وعلى الوَجْهِ الثاني ، يكونُ له الرُّبْعُ فى حالِ الإجَازةِ ، وفى حالِ الرَّدِّ يكونُ الثُّلُثُ بين الوَصِيَّيْنِ على أحَدَ عَشَرَ . وعلى الوَجْهِ الثالِثِ ، يكونُ له السُّدُسُ فى الإجَازَةِ ، وفى الرَّدِّ يكون الثُّلُثُ بين الوَصِيَّيْنِ على خَمْسةٍ . وإن أَوْصَى لِرَجُلٍ بجَمِيعِ مالِه ، ولآخَرَ بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ وَرَثَتِه ، فعلى

١٣/٦ و

---

(٨) فى ا ، م : « ربعه » .

(٩) أى من الثلثين . وفى ا ، م : « منها » .

(١٠) فى الأصل : « النصيب » .

الوَجْهِ الأَوَّلِ ، لا يَصِحُّ لِلْوَصِيِّ الآخَرِ شىءٌ فى إجازةٍ ولا رَدٍّ . وعلى الثانى ، يَقْسِمُ الوَصِيّانِ المالَ بينهما على خَمْسَةٍ فى الإجَازَةِ ، والثُّلُثَ على خَمْسَةٍ فى الرَّدِّ . وعلى الثالثِ ، يَقْتَسِمانِ المالَ على سَبْعةٍ فى الإجَازَةِ ، والثُّلُثَ على سَبْعةٍ فى الرَّدِّ .

فصل : وإن أَوْصَى لِرَجُلٍ بمثلِ نَصِيبِ وارِثٍ ، وللآخَرِ بجُزْءٍ ممَّا بَقِىَ من المالِ ففيها أيضا ثلاثةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها : أن يُعْطَى صاحِبُ النِّصْفِ مثلَ نَصِيبِ الوارِثِ ، إذا لم يكُن ثَمَّ وَصِيَّةٌ أُخْرَى . والثانى ، أن يُعْطَى مثل نَصِيبه من ثُلُثَىِ المالِ . والثالث ، أن يُعْطَى مثلَ نَصِيبه بعدَ أخْذِ صاحِبِ الجُزْءِ وَصِيَّته . وعلى هذا الوَجهِ يَدْخُلُها الدَّوْرُ ، وعليه التَّفْرِيعُ . ومِثَالُه ، رَجُلٌ خلَّفَ ثَلاثَةَ بَنِينَ ، ووَصَّى بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم ، وللآخَرِ بنِصْفِ باقِى المالِ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، لصاحِبِ/النَّصِيبِ[11] الرُّبْعُ ، وللآخَرِ نِصْفُ الباقِى ، وما بَقِىَ لِلبَنِينَ ، وتَصِحُّ من ثَمانِيَةٍ . وعلى الثانى له السُّدُسُ ، وللآخَرِ نِصْفُ الباقِى ، وتَصِحُّ من سِتّةٍ وثَلاثِينَ . ولا تَفْرِيعَ على هذين الوَجْهَيْنِ لِوُضُوحِهما . وأمَّا على الثالثِ فيَدْخُلُها الدَّوْرُ ، ولِعَمَلِها طُرُقٌ ؛ أحدُها ، أن تأْخُذَ مَخْرَجَ النِّصْفِ ، فتُسْقِطَ منه سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ، فهو النَّصِيبُ ، ثم تَزِيدُ على عَدَدِ البَنِينَ واحِدًا ، تَصِيرُ أرْبعةً ، فتَضْرِبُها فى المَخْرَجِ ، تَكُنْ ثمانِيَةً ، تَنْقُصُها سَهْمًا ، يَبْقَى سَبْعةٌ ، فهى المالُ ، لِلْمُوصَى له بالنَّصِيبِ سَهْمٌ ، وللآخَرِ نِصْفُ الباقِى ، وهو ثَلاثَةٌ ، ولكلِّ ابْنٍ سَهْمٌ . طَرِيقٌ آخَرُ ، أن تَزِيدَ على سِهَامِ البَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ ، وتَضْرِبَها فى المَخْرَجِ ، تَكُنْ سَبْعةً . طَرِيقٌ ثالِثٌ ، ويُسَمَّى المَنْكُوسَ ، أن تأْخُذَ سِهَامَ البَنِينَ وهى ثَلاثَةٌ ، فتقول : هذه[12] بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَبَ نِصْفُه ، فإذا أرَدْتَ تَكْمِيلَه فزِدْ عليه مِثْلَه ، ثم زِدْ عليها مثل سَهْمِ ابْنٍ ، تكُنْ سَبْعةً . طَرِيقٌ رابعٌ ، أن تَجْعَلَ المالَ سَهْمَيْنِ ونَصِيبًا ، وتَدْفَعَ النَّصِيبَ

١٣/٦ ظ

(١١) فى م : « النصف » .

(١٢) فى م : « هى » .

إلى صاحِبه ، وإلى الآخَرِ سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ للبَنِينَ يَعْدِلُ ثُلُثَه ، فالمالُ كلُّه سَبْعَةٌ .
وبالجَبْرِ تأْخُذُ مالًا فتُلْقِي منه نَصِيبًا ، يَبْقَى مالٌ إلَّا نَصِيبًا ، وتَدْفَعُ نِصْفَ الباقِي إلى الوَصِيِّ الآخَرِ ، يَبْقَى نِصْفُ مالٍ إلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ ثَلاثَةَ أنْصِباء ، فاجْبُرْهُ بِنِصْفِ نَصِيبٍ ، وزِدْهُ على الثَّلاثةِ ، يَبْقَى نِصْفًا كامِلًا ، يَعْدِلُ ثَلاثَةً ونِصْفًا ، فالمالُ كلُّه سَبْعَةٌ .

فصل : فإن كانت الوَصِيَّةُ الثانيةُ بِنِصْفِ ما يَبْقَى من الثُّلُث ، أخَذْتَ مَخْرَجَ النِّصْفِ والثُّلُثِ ، وهو سِتَّةٌ ، نَقَصْتَ منها واحِدًا ، يَبْقَى خَمْسَةٌ ، فهى النَّصِيبُ ، ثم تَزِيدُ واحِدًا على سِهَامِ البَنِينَ ، وتَضْرِبُها فى المَخْرَجِ ، تَكُنْ أرْبَعةً وعِشْرِينَ تَنْقُصُها ثَلاثَةً ، يَبْقَى أحَدٌ وعِشْرُونَ ، فهو المالُ ، فتَدْفَعُ إلى صاحِبِ النَّصِيبِ خَمْسَةً ، يَبْقَى من الثُّلُثِ اثْنانِ ، تَدْفَعُ منهما سَهْمًا إلى الوَصِيِّ الآخَرِ ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، لكلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ .
وبالطَّرِيقِ الثانى ، تَزِيدُ على سِهَامِ البَنِينَ نِصْفًا ، وتَضْرِبُها فى المَخْرَجِ ، تكُنْ أحَدًا وعِشْرِينَ . وبالثالِثِ ، تَعْمَلُ كما عَمِلْتَ فى الأُولَى ، فإذا بَلَغَتْ سَبْعَةً ضَرَبْتَها فى ثَلاثةٍ ؛ من أجْلِ أنَّ / الوَصِيَّةَ الثانيةَ بِنِصْفِ الثُّلُثِ . وبالرَّابِعِ ، تَجْعَلُ الثُّلُثَ سَهْمَيْنِ ونَصِيبًا ، تَدْفَعُ النَّصِيبَ إلى صاحِبِه ، وإلى الآخَرِ سَهْمًا ، يَبْقَى من المالِ خَمْسَةُ أسْهُمٍ ونَصِيبانِ ، تَدْفَعُ نَصِيبَيْنِ إلى ابْنَيْنِ ، يَبْقَى خَمْسَةٌ للثالِثِ ، فهى النَّصِيبُ ، فإذا بَسَطْتَها كانت أحَدًا وعِشْرِينَ ، وبالجَبْرِ ، تأْخُذُ مالًا فتُلْقِي منه ثُلُثَه نَصِيبًا ، وتَدْفَعُ إلى الآخَرِ نِصْفَ باقِي الثُّلُثِ ، يَبْقَى من المالِ خَمْسَةُ أسْداسِه إلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، اجْبُرْهُ بِنِصْفِ نَصِيبٍ ، وزِدْهُ على سِهَامِ البَنِينَ ، يَصِيرُ ثَلاثَةً ونِصْفًا ، تَعْدِلُ خَمْسَةَ أسْداسٍ ، اقْلِبْ وحَوِّلْ ، يَصِيرُ النَّصِيبُ خَمْسَةً ، وكُلُّ سَهْمٍ سِتَّةً تَكُن أحَدًا وعِشْرِينَ .

١٤/٦ و

فصل : فإنْ أوْصَى لِثالِثٍ بِرُبْعِ المالِ ، فخُذِ المَخَارِجَ ، وهى اثْنَانِ وثَلاثَةٌ وأرْبَعةٌ ، واضْرِبْ بعضَها فى بعضٍ ، تكُنْ أرْبَعةً وعِشْرِينَ ، وزِدْ على عَدَدِ البَنِينَ واحِدًا ، تَصِرْ أرْبَعةً ، واضْرِبْها فى أرْبَعةٍ وعِشْرِينَ ، تَكُن سِتَّةً وتِسْعِينَ ، انْقُصْ منها ضَرْبَ نِصْفِ سَهْمٍ فى أرْبَعةٍ وعِشْرِينَ ، وذلك اثنا عَشَرَ ، يَبْقَى أرْبَعةٌ وثَمانُون ، فهى المالُ ، ثم انْظُرِ الأرْبَعةَ وعِشْرِينَ ، فانْقُصْ منها سُدُسَها لأجْلِ الوَصِيَّةِ الثانيةِ ، ورُبْعَها لأجْلِ

الوَصِيَّةِ الثالثةِ[١٣] ، يَبْقَى أَرْبَعَةَ عَشَرَ ، فهى النَّصِيبُ ، فادْفَعْها إلى المُوصَى له بالنَّصِيبِ ، ثم ادْفَعْ إلى الثانى نِصْفَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ ، وهو سَبْعَةٌ ، وإلى الثالِثِ رُبْعَ المالِ أحَدًا وعِشْرِينَ ، يَبْقَى اثْنانِ وأَرْبَعُونَ ، لكلِّ ابْنٍ أَرْبَعَةَ عَشَرَ . وبالطَّرِيقِ الثانى ، تَزِيدُ على عَدَدِ البَنِينَ نِصْفَ سَهْمٍ ، وتَضْرِبُ ثَلاثةً ونصفًا فى أَرْبَعةٍ وعِشْرِينَ ، تكن أَرْبعةً وثَمانِينَ . وبالطَّرِيقِ الثالِثِ ، تَعْمَلُ فى هذه كما عَمِلْتَ فى التى قَبْلَها ، فإذا بَلَغَتْ أحَدًا وعِشْرِينَ ، ضَرَبْتَها فى أَرْبعةٍ من أجْلِ الرُّبْعِ ، تكُنْ أَرْبَعةً وثَمانِينَ . وبِطَرِيقِ النَّصِيبِ تَفْرِضُ المالَ سِتَّةَ أسْهُمٍ ، وثَلاثةَ أنْصِباء ، تَدْفَعُ نَصِيبًا إلى صاحِبِ النَّصِيبِ ، وإلى الآخَرِ سَهْمًا ، وإلى صاحِبِ الرُّبْعِ سَهْمًا ونِصْفًا وثَلاثةَ أَرْباعِ نَصِيبٍ ، ويَبْقَى من / المالِ نَصِيبٌ ورُبْعٌ وثَلاثةُ أسْهُمٍ ونِصْفٌ لِلْوَرَثةِ ، يَعْدِلُ ثلاثةَ أنْصِباء ، فأَسْقِطْ نَصِيبًا ورُبْعًا بمثلِها ، يَبْقَى ثَلاثةُ أسْهُمٍ ونِصْفٌ ، يَعْدِلُ نَصِيبًا وثَلاثةَ أَرْباعٍ ، فالنَّصِيبُ إذًا سَهْمانِ ، فابْسُط الثَّلاثةَ الأنْصِباءَ ، تكُنْ سِتَّةً ، فصارَ المالُ اثْنَى عَشَرَ ، ومنها يَصِحُّ ، لِصَاحِبِ النَّصِيبِ سَهْمانِ ، ولِلآخَرِ نِصْفُ باقِى الثُّلُثِ سَهْمٌ ، ولِصَاحِبِ الرُّبْعِ ثَلاثةٌ ، تَبْقَى سِتَّةٌ ، لكلِّ ابْنٍ سَهْمانِ . وهذا أَخْصَرُ وأَحْسَنُ . وبالجَبْرِ ، تَأْخُذُ مالًا تَدْفَعُ منه نَصِيبًا ، يَبْقَى مالٌ إلَّا نَصِيبًا ، تَدْفَعُ نِصْفَ باقِى ثُلُثِه ، وهو سُدُسٌ إلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، يَبْقَى من المالِ خَمْسَةُ أسْداسٍ إلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، تَدْفَعُ منها رُبْعَ المالِ ، يَبْقَى ثُلُثُ المالِ[١٤] ورُبْعُه إلَّا نِصْفَ نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ ثَلاثةَ أنْصِباء ، اجْبُرْ وقابِلْ وقَلِّبْ وحَوِّلْ ، يكُن النَّصِيبُ سَبْعةً ، والمالُ اثْنَيْنِ وأَرْبَعِينَ ، ثم تَضْرِبُها فى اثْنَيْنِ ، لِيَزُولَ الكَسْرُ ، يَرْجِعُ إلى أَرْبَعةٍ وثَمانِينَ .

فصل : فإن كانت الوَصِيَّةُ الثالثةُ بِرُبْعِ ما بَقِىَ من المالِ بعدَ الوَصِيَّتَيْنِ الأُولَيَيْنِ ، فاعْمَلْها بطَرِيقِ النَّصِيبِ ، كما ذَكَرْنا ، يَبْقَى معك ثلاثةُ أسْهُمٍ وثلاثةُ أَرْباعِ سَهْمٍ[١٤] تَعْدِلُ نَصِيبًا ونِصْفًا ، ابسُطْها[١٥] أَرْباعًا ، تكُنِ السِّهَامُ خَمْسَةَ عَشَرَ ،

١٤/٦ ظ

---

(١٣) سقط من : الأصل ، م .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) فى م : « ابسطهما » .

والأنصباءُ ستّةٌ ، تُوَفِّقُهما[16] وتَرُدُّهما إلى وَفْقَيْهما ، تَصيرُ خَمْسَةَ أسْهُمٍ ، تَعْدِلُ نَصيبَيْنِ ، اقْلِبْ واجْعَلِ النَّصِيبَ خَمْسَةً والسَّهْمَ اثْنَيْنِ ، وابْسُطْ ما معك ، يَصِرْ سَبْعةً وعِشْرِينَ ، فَادْفَعْ خَمْسَةً إلى صاحِبِ النَّصِيبِ ، وإلى الآخَرِ نِصْفَ باقِي الثُّلُثِ سَهْمَيْنِ ، وإلى الآخَرِ رُبْعَ الباقِي خَمْسَةً ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، لكلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وهذا الطَّرِيقُ أخْصَرُ . وإن عَمِلْتَ بالطَّرِيقِ الثانى ، أخَذْتَ أرْبَعةً وعِشْرِينَ ، فنَقَصْتَ سُدُسَها ورُبْعَ الباقِي ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشَرَ ، فهى النَّصِيبُ ، ثم زِدْتَ على عَدَدِ البَنِينَ سَهْمًا ، ونَقَصْتَ نِصْفَه ورُبْعَ الباقِي[17] منه ، يَبْقَى ثلاثةُ أثْمانٍ ، رُدَّهَا على سِهَامِ البَنِينَ ، تكُنْ[18] ثَلاثةً ، وثلاثةَ أثْمانٍ ، تَضرِبُها فى أرْبعَةٍ وعِشْرِينَ ، تكُنْ أحَدًا وثَمانِينَ ، ومنها تَصِحُّ ، وبالجَبْرِ تُفْضِى إلى ذلك أيضا .

فصل : وإن خَلَّفَ أُمًّا وأُخْتًا وعَمًّا ، وأوْصَى لِرَجُلٍ بمثلِ نَصِيبِ العَمِّ ، وسُدُسِ / ما يَبْقَى ، ولآخَرَ بمثل نَصِيبِ الأُمِّ ورُبْعِ ما يَبْقَى ، ولآخَرَ بمثل نَصِيبِ الأُخْتِ وثُلُثِ ما يَبْقَى ، فاعْمَلْها بالمَنْكُوسِ ، وقُلْ : أصْلُ المَسْألةِ ستّةٌ ، فابْدَأ بآخِرِ الوَصَايَا ، فقل : هذا مالٌ ذَهَبَ ثُلُثُه ، فَزِدْ عليه نِصْفَه ثَلاثةً ، ومثلَ نَصِيبِ الأُخْتِ ثَلاثةً ، صارَتْ اثْنَى عَشَرَ ، ثم قُلْ : هذا بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَبَ رُبْعُه ، فَزِدْ عليه[19] ثُلُثَه ، ومثلَ نَصِيبِ الأُمِّ سِتّةً ، صار ثمانيةَ عشرَ[20] ، ثم قُلْ : هذا بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَبَ سُبْعُه ، فَزِدْ عليه سُدُسَه ، ونَصِيبَ العَمِّ ، صارَ اثْنَيْنِ وعِشْرِينَ ، ومنه تَصِحُّ .

15/6 و

فصل : فى الاسْتِثْناءِ ، إذا خَلَّفَ ثلاثةَ بَنِينَ ، وأوْصَى بمثلِ نَصِيبِ أحَدِهم إلَّا رُبْعَ المالِ ، فخُذْ مَخْرَجَ الكَسْرِ أرْبَعةً ، وزِدْ عليها سَهْمًا ، تكُنْ خَمْسةً ، فهذا النَّصِيبُ ،

---

(16) فى الأصل : « توافقهما » .

(17) فى ا : « ما بقى » .

(18) فى م : « تكفى » .

(19) سقط من : الأصل ، ا .

(20) سقط من : م .

وَزِدْ على عَدَدِ البَنِينَ واحِدًا ، واضْرِبْه فى مَخْرَجِ الكَسْرِ ، تكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، تَدْفَعُ إلى الوَصِىِّ خَمْسَةً ، وتَسْتَثْنِى منه أرْبعةً يَبْقَى له[21] سَهْمٌ ، ولكلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وإن شِئْتَ خصَصْتَ كلَّ ابْنٍ برُبْعٍ ، وقَسَمْتَ الرُّبْعَ الباقِىَ بينه وبينهم على أرْبعةٍ . فإن قال : إلَّا رُبْعَ الباقِى بعدَ النَّصِيبِ . فَزِدْ على سِهَامِ البَنِينَ سَهْمًا ورُبْعًا ، واضْرِبْهُ فى أرْبعةٍ ، تكُنْ سَبْعَةَ عَشَرَ ، لِلْوَصِىِّ سَهْمانِ ، ولكلِّ ابْنٍ خَمْسَةٌ . وبالجَبْرِ ، تَأْخُذُ مالًا ، وتَدْفَعُ منه نَصِيبًا إلى المُوصَى له ، وتَسْتَثْنِى منه رُبْعَ الباقِى ، وهو رُبْعُ مالٍ إلَّا رُبْعَ نَصِيبٍ ، صارَ معك مالٌ ورُبْعٌ إلَّا نَصِيبًا ورُبْعًا ، يَعْدِلُ أنْصِباءَ البَنِين ، وهى ثَلَاثَةٌ ، اجْبُرْ وقابِلْ ، يَخْرُجِ النَّصِيبُ خَمْسَةً ، والمالُ سَبْعَةَ عَشَرَ . فإن قال : إلَّا رُبْعَ الباقِى بعدَ الوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ المَخْرَجَ ثَلَاثَةً ، وزِدْتَ عليه ثُلُثَه ، صارَ أرْبَعةً ، فهو النَّصِيبُ ، وتَزِيدُ على عَدَدِ البَنِين نَصِيبًا وثُلُثًا ، وتَضْرِبُه فى ثلاثةٍ ، تكُنْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، فهو المالُ . وإن شِئْتَ قلتَ : المالُ كلُّه ثلاثةُ أنْصِبَاءَ ووَصِيَّةٌ ، والوَصِيَّةُ هى نَصِيبٌ إلَّا رُبْعَ الباقِى بعدَها ، وذلك ثَلاثَةُ أرْباعِ نَصِيبٍ ، فيَبْقَى رُبْعُ نَصِيبٍ ، فهو الوَصِيَّةُ ، وتَبَيَّنَ أنَّ المالَ كلَّه ثَلاثَةٌ ورُبْعٌ ، ابْسُطْها ، تكُنْ ثَلاثَةَ عَشَرَ . ولهذه المسائِلِ طُرُقٌ سِوَى ما ذَكَرْنا . واللهُ أعلمُ .

٦/١٥ ظ

فصل : وإن قال : / أوْصَيْتُ لك بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ بَنِىَّ إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ . فَخُذْ مَخْرَجَ الكَسْرِ[22] ثُلُثَ الثُّلُثِ ، وهو تِسْعَةٌ وَزِدْ عليها سَهْمًا ، تكُنْ عَشَرَةً ، فهى النَّصِيبُ ، وزِدْ على أنْصِباءِ البَنِينَ سَهْمًا وثُلُثًا ، واضْرِبْ ذلك فى تِسْعةٍ ، تكُنْ تِسْعَةً وثَلاثِينَ ، ادْفَعْ عَشَرَةً إلى الوَصِىِّ ، واسْتَثْنِ منه ثُلُثَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ سَهْمًا ، يَبْقَى له تِسْعَةٌ ، ولكلِّ ابْنٍ عَشَرَةٌ . وإن قال : إلَّا ثُلُثَ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ بعدَ الوَصِيَّةِ . جَعَلْتَ المالَ سِتَّةً ، وزِدْتَ عليها سَهْمًا ، صارَتْ سَبْعَةً ، فهذا هو النَّصِيبُ ، وَزِدْتَ على أنصِباءِ البَنِينَ سَهْمًا ونِصْفًا ،

---

(٢١) فى ا ، م : « لهم » .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ا .

وَضَرَبْتَه فى سِتَّةٍ ، صار سَبْعةً وعِشرِينَ ، ودَفَعْتَ إلى الوَصىِّ سَبْعةً ، وأخَذْتَ منه[٢٣] نِصْفَ بَقِيّةِ الثُّلُثِ ، بَقِىَ معه سِتّةٌ ، وبَقِىَ أحَدٌ وعِشْرُونَ ، لكلِّ ابْنٍ سَبْعةٌ ، وإنَّما كان كذلك ، لأنَّ الثُّلُثَ بعد الوَصِيَّةِ هو النِّصْفُ بعدَ النَّصِيبِ ، ومتى أطْلَقَ الاسْتِثْناءَ ، فلم يَقُلْ : بعد النَّصِيبِ ولا بعد[٢٤] الوَصِيّةِ . فعند الجُمْهُورِ يُحْمَلُ على ما بعدَ النَّصِيبِ ، وعند محمدِ بن الحَسَنِ والبَصْرِيِّينَ يكونُ بعدَ الوَصِيّةِ .

فصل : فإن قال : إلَّا خُمْسَ ما يَبْقَى من المالِ بعدَ النَّصِيبِ ، ولآخَرَ بثُلُثِ ما يَبْقى من المالِ بعد وَصِيَّةِ الأوَّلِ ، فخُذِ المَخْرَجَ[٢٥] خَمْسةً ، وَزِدْ عليها خُمْسَها ، تكُنْ سِتّةً ، انْقُصْ ثُلُثَها من أجْلِ الوَصِيَّةِ بالثُّلُثِ ، يَبْقَى أرْبَعةٌ ، فهى النَّصِيبُ ، ثم خُذْ سَهْمًا ، وزِدْ عليه خَمْسةً ، وانْقُصْ من ذلك ثُلُثَه ، يَبْقَى أرْبَعةُ أخْماسٍ ، زِدْها على أنْصِباءِ البَنِينَ ، واضرِبْها فى خَمْسةٍ ، تَصِرْ تِسْعةَ عَشَرَ ، فهى المالُ ، ادْفَعْ إلى الأوَّلِ أرْبَعةً ، واسْتَثْنِ منه خُمْسَ[٢٦] الباقِى ثَلاثَةٌ ، يَبْقَ معه سَهْمٌ ، فادْفَعْ إلى الآخَرِ ثُلُثَ الباقى سِتّةً ، يَبْقَ اثْنَا عَشَرَ ، لكلِّ ابْنٍ أرْبَعةٌ . وبالجَبْرِ خُذْ مالًا ، وأَلْقِ منه نَصِيبًا ، واسْتَرْجِعْ منه خُمْسَ الباقِى ، يَصِرْ معك مالٌ وخُمْسٌ إلَّا نَصِيبًا وخُمْسًا ، أَلْقِ منه[٢٧] ثُلُثَ ذلك ، يَبْقَ أرْبَعةُ أخْماسِ مالٍ إلَّا أرْبَعةَ أخْماسِ نَصِيبٍ ، تَعْدِلُ ثلاثةَ أنْصِباء ، اجْبُرْ وقابِلْ وابْسُطْ ، يكنِ المالُ تِسْعَةَ عَشَرَ ، والنَّصِيبُ / أرْبَعةً . وإن شِئْتَ قُلْتَ : أنْصِباءُ البَنِين ثَلاثةٌ ، وهى بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَبَ ثُلُثُه ، فَزِدْ عليه نِصْفَه ، يَصِرْ أرْبَعةَ أنْصِباءَ ونِصْفًا ووَصِيَّةً ، والوَصِيَّةُ هى نَصِيبٌ إلَّا خُمْسَ الباقِى ، وهو نِصْفُ نَصِيبٍ وخُمْسُ[٢٨] نَصِيبٍ ، وخُمْسُ[٢٨] وَصِيّةٍ ، أسقِطْهُ من النَّصِيبِ ، يَبْقَ خُمْسُ نَصِيبٍ وعُشْرُ

١٦/٦ و

---

(٢٣) فى م : « واحدة من » .

(٢٤) سقط من : ا ، م .

(٢٥) فى م : « الجميع » .

(٢٦) فى م : « خمسة » .

(٢٧) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٨ – ٢٨) سقط من : م .

نَصِيبِ إلَّا خُمْسَ وَصِيَّةٍ ، تَعْدِلُ وَصِيَّةً ، اجْبُرْ وقابِلْ وابْسُطْ ، تَصِيرِ ثَلَاثةً من النَّصِيبِ ، تَعْدِلُ اثْنَى عَشَرَ سَهْمًا من الوَصِيَّةِ ، وهى تَتَّفِقُ بالأَثْلَاثِ ، فَرُدَّها على وَفْقِهَا ، تَصِيرِ سَهْمًا ، يَعْدِلُ أَرْبعةً ، فالوَصِيَّةُ سَهْمٌ ، والنَّصِيبُ أَرْبعةٌ ، فابْسُطْها ، تكُنْ تِسْعَةَ[29] عَشَرَ . فإن كان الاسْتِثْناءُ بعدَ الوَصِيَّةِ ، قلتَ : المالُ أَرْبَعةُ أَسْهُمٍ ونِصْفُ وَصِيَّة ، وهى نَصِيبٌ إلَّا خُمْسَ الباقِى ، وهو تِسْعةُ أَعْشارِ نَصِيبٍ ، يَبْقَى عُشْرُ نَصِيبٍ ، فهو الوَصِيَّةُ . فَابْسُطِ الكُلَّ أعْشارًا تكُنِ الأَنْصِباءُ خَمْسةً وأَرْبَعِينَ ، والوَصِيَّةُ سَهْمٌ . وإن كان اسْتَثْنَى خُمْسَ المالِ كلِّه ، فالوَصِيَّةُ عُشْرُ نَصِيبٍ إلَّا خُمْسَ وَصِيَّةٍ ، اجْبُرْ يَصِرِ العُشْرُ يَعْدِلُ وَصِيَّةً وخُمْسًا ، ابْسُطْ يَصِرِ النَّصِيبُ سِتِّينَ ، والوَصِيَّةُ خَمْسةً ، والمالُ كلُّه مائتَانِ وخَمْسةٌ وسَبْعُونَ ، أَلْقِ منها سِتِّينَ ، واسْتَرْجِعْ منه خُمْسَ المالِ ، وهو خَمْسةٌ وخَمْسُونَ ، يَبْقَ له خَمْسةٌ ، وللآخَرِ ثُلُثَا الباقِى تِسْعُونَ ، ويَبْقَى مائةٌ وثمانُونَ ، لكلِّ ابنٍ سِتُّونَ ، وتَرْجِعُ بالاخْتِصارِ إلى خُمْسِها ، وذلك خَمْسةٌ وخَمْسُونَ ، لِلْوَصِىِّ الأَوَّلِ سَهْمٌ ، وللثانى ثمانيةَ عَشَرَ ، ولكلِّ ابنٍ اثنا عَشَرَ . وبالجَبْرِ ، تَأْخُذُ مالًا تُلْقِى منه نَصِيبًا ، وتَزِيدُ على المالِ خَمْسةً ، يَصِرْ مالًا وخُمْسًا إلَّا نَصِيبًا ، أَلْقِ ثُلُثَ ذلك ، يَبْقَ أَرْبعةُ أخْماسِ مالٍ إلَّا ثُلُثَىْ نَصِيبٍ ، يَعْدِلُ ثَلاثةً ، اجْبُرْ وقابِلْ وابْسُطْ ، يكُنِ المالُ ثمانيةَ عَشَرَ وثُلُثًا ، اضْرِبْها فى ثلاثةٍ ، لِيَزُولَ الكَسْرُ ، يَصِرْ خَمْسةً وخَمْسِينَ . وإن كان اسْتَثْنَى الخُمْسَ كلَّه ، وأَوْصَى بالثُّلُثِ كلِّه ، فخُذْ مَخْرَجَ الكَسْرَيْنِ / خَمْسةَ عَشَرَ ، وزِدْ عليها خُمْسَها ، ثم انْقُصْ ثُلُثَ المالِ كلِّه ، يَبْقَ ثَلاثةَ عَشَرَ ، فهى النَّصِيبُ ، وزِدْ على أَنْصِباءِ البَنِينَ سَهْمًا ، واضْرِبْه فى المالِ ، يكُنْ سِتِّينَ ، وهو المالُ . وإن كان اسْتَثْنَى خُمْسَ الباقِى ، وأَوْصَى بثُلُثِ المالِ كلِّه ، فالعَمَلُ كذلك ، إلَّا أنَّكَ تَزِيدُ على سِهَامِ البَنِينَ سَهْمًا وخُمْسًا ، وتَضْرِبُها ، تكُنْ ثلاثةً وسِتِّينَ ، فإن كان اسْتَثْنَى خُمْسَ ما بَقِىَ من الثُّلُثِ ، زِدْتَ على الخَمْسةَ عَشَرَ سَهْمًا واحِدًا ، فصارتْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ثم نَقَصْتَ ثُلُثَ المالِ كلِّه ، بَقِىَ أَحَدَ عَشَرَ ، فهى النَّصِيبُ ، ثم زِدْتَ

١٦/٦ ظ

---

(29) فى م : « أربعة » .

على[٣٠] سِهَامِ البَنِينَ سَهْمًا وخُمْسًا ، وضَرَبْتَها فى خَمْسَةَ عشَرَ ، تَكُنْ ثلاثةً وستِّينَ ، تَدْفعُ إلى الوَصِىِّ الأَوَّلِ أحَدَ عَشَرَ ، وتَسْتَثْنِى منه خُمْسَ بَقِيَّةِ الثُّلُثِ سَهْمَيْنِ ، يَبْقَى معه تِسْعَةٌ ، وتَدْفَعُ إلى صاحِبِ الثُّلُثِ إحْدَى وعِشْرِينَ ، يَبْقَى ثلاثةٌ وثلاثُونَ ، لكلِّ ابْنٍ أحَدَ عَشَرَ ، فإن كانت الوَصِيَّةُ الثانيةُ بثُلُثِ باقِى المالِ ، زِدْتَ على الخَمْسةَ عَشَرَ واحِدًا ، ثم نَقَصْتَ ثُلُثَ السِّتَّةَ عَشَرَ ، ولا ثُلُثَ لها ، فاضْرِبْها فى ثلاثةٍ ، تكُنْ ثمانيةً وأَرْبَعِينَ ، انْقُصْ ثُلُثَها ، يَبْقَى اثْنانِ وثلاثُونَ ، فهى النَّصِيبُ ، وخُذْ سَهْمًا ، وزِدْ عليه خَمْسةً ، ثم انْقُصْ ثُلُثَ ذلك من أجْلِ الوَصِيَّةِ بثُلُثِ الباقِى ، يَبْقَى أَرْبَعةُ أخْماسٍ ، زِدْها على سِهَامِ الوَرَثةِ ، واضْرِبْها فى خَمْسةٍ وأَرْبَعِينَ ، تكُنْ مائةً وإحْدَى وسَبْعِينَ . ومنها تَصِحُّ .

فصل : فإن خَلَّفَ أَرْبعةَ بَنِينَ ، وأَوْصَى لِرَجُلٍ بثُلُثِ مالِه إلَّا نَصِيبَ أحَدِهم ، أو أَوْصَى له بتَكْمِلَةِ الثُّلُثِ على نَصِيبِ أحَدِهم ، فله التُّسْعُ . وحِسَابُها أن تَدْفَعَ إلى الوَصِىِّ وابْنٍ ثُلُثَ المالِ ، يَبْقَى ثُلُثاه لثلاثةِ بَنِينَ ، لكلِّ واحِدٍ تُسْعانِ ، فعَلِمْتَ أنَّ نَصِيبَ الابْنِ من الثُّلُثِ تُسْعانِ ، يَبْقَى تُسْعٌ لِلْوَصِىِّ . وإن وَصَّى لآخَرَ بخُمْسِ ما يَبْقَى من المالِ بعدَ الوَصِيَّةِ الأُولَى ، عَزَلْتَ ثُلُثَ المالِ ، ثم أخَذْتَ منه نَصِيبًا ، ورَدَدْتَه على الثُّلُثَيْنِ ، ودَفَعْتَ إلى الوَصِىِّ الثانى خُمْسَ ذلك ، يَبْقَى من المالِ ثُلُثُه وخُمْسُه وأَرْبَعةُ أخْماسِ نَصِيبٍ لِلْوَرَثةِ ، فأسْقِطْ / أَرْبَعةَ أخْماسِ نَصِيبٍ بمِثْلِها ، يَبْقَ له[٣١] ثُلُثُه[٣٢] وخُمْسٌ ، تَعْدِلُ ثُلُثًا وخُمْسًا ، فنِصْفُ المالِ إذًا يَعْدِلُ ثَلَاثةَ أنْصِباءَ ، والمالُ كلُّه سِتَّةٌ لِلْوَصِيَّيْنِ والبَنِينَ لكلِّ واحِدٍ سَهْمٌ . (طريقٌ آخَرُ) سِهَامُ البَنِينَ أَرْبَعةٌ ، وهى بَقِيَّةُ مالٍ ذَهَبَ خُمْسُه ، فزِدْ عليه رُبْعَهُ لِلْوَصِىِّ الثانى ، صارَتْ خَمْسةً ، ثم زِدْ على سَهْمِ ابْنٍ ما يَكْمُلُ به الثُّلُثُ ، وهو سَهْمٌ آخَرُ فصارَتْ سِتَّةً . وإن شِئْتَ فَرَضْتَ المالَ خَمْسةَ أسْهُمٍ وتَكْمِلَةً ،

١٧/٦ و

---

(٣٠) سقط من : م .

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) فى ا ، م : « ثلاثة » .

ودَفَعْتَ التَّكْمِلةَ إلى صَاحِبِها ، وخُمْسَ الباقِي إلى صاحِبِه ، ويَبْقَى لكل ابْنٍ سَهْمٌ . وقد عَلِمْتَ أنَّ سَهْمَ ابْنٍ مع التَّكْمِلَةِ ثُلُثُ المالِ ، وأنَّ الباقِيَ بَعْدَهُما الثُّلُثانِ ، وهى أرْبعةُ أسْهُمٍ ، فقابِلْ بهما[٣٣] نِصْفَ الأرْبعةِ ، وهى سَهْمانِ ، فتَبَيَّن أنَّ التَّكْمِلَةَ سَهْمٌ .

فصل : وإن أوْصَى لِرَجُلٍ بمثلِ نَصِيبِ أحَدِ بَنِيه ، وهم ثلاثةٌ ، ولآخَرَ بثُلُثِ ما يَبْقَى من الثُّلُثِ ، ولآخَرَ بدِرْهَمٍ ، فاجْعَلِ المالَ تِسْعَةَ دَرَاهِم وثَلاثةَ أنْصِباءَ[٣٤] ، فادْفَعْ إلى الوَصِىِّ الأوَّلِ نَصِيبًا ، وإلى الثانى والثالثِ دِرْهَمَيْنِ ، بَقِىَ سَبْعةٌ ونَصِيبانِ ، ادْفَعْ نَصِيبَيْنِ إلى ابْنَيْنِ ، يَبْقَى سَبْعَةٌ للابْنِ الثالثِ ، فالنَّصِيبُ سَبْعةٌ ، والمالُ ثلاثُونَ ، فإن كانت الوَصِيَّةُ الثالثةُ بِدِرْهَمَيْنِ ، فالنَّصِيبُ سِتَّةٌ والمالُ سَبْعةٌ وعِشْرُونَ .

فصل : وإن تَرَكَ سِتَّمائةٍ ، ووَصَّى لأجْنَبِىٍّ بمائةٍ ، ولآخَرَ بتَمامِ الثُّلُثِ ، فلكلِّ واحدٍ منهما مائةٌ ، فإن رَدَّ الأوَّلُ وَصِيَّتَه فللآخَرِ مائةٌ . وإن وَصَّى للأوَّلِ بمائتَيْنِ ، وللآخَرِ بباقِى الثُّلُثِ ، فلا شىءَ للثانى ، سواءٌ رَدَّ الأوَّلُ وَصِيَّته أو أجازَها . وهذا قِياسُ قولِ الشافِعِىِّ ، وأهْلِ البَصْرَةِ . وقال أهْلُ العِرَاقِ : إن رَدَّ الأوَّلُ ، فلِلثَّانِى مائتَانِ فى المَسْألَتَيْنِ . ولَنا ، أنَّ المائتَيْنِ ليستْ باقِىَ الثُّلُثِ ، ولا تَتِمَّتَه ، فلا يكونُ مُوصًى بها للثانِى ، كما لو قَبِلَ الأوَّلُ . ولو وَصَّى لِوَارِثٍ بثُلُثِه ، ولآخَرَ بتَمامِ الثُّلُثِ ، فلا شىءَ للثانى . وعلى قولِ أهْلِ العِرَاقِ ، له الثُّلُثُ كامِلًا .

فصل : وإن أوْصَى لِرَجُلٍ بثُلُثِ مالِه ، ولآخَرَ بمائةٍ / ، ولثالِثٍ بتَمامِ الثُّلُثِ على المائةِ ، ولم يَزِد الثُّلُثُ على مائةٍ ، بَطَلَتْ وَصِيَّةُ التَّمامِ . وإن زادَ على مائةٍ ، وأجازَ الوَرَثَةُ ، أُمْضِيَتْ وَصَاياهم على ما أوْصَى لهم به . وإن رَدُّوا ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، يُرَدُّ كُلُّ واحدٍ منهما إلى نِصْفِ وَصِيَّته ؛ لأنَّ الوَصَايَا رَجَعَتْ إلى نِصْفِها ، فيَدْخُلُ النَّقْصُ على كلِّ واحدٍ بِقَدْرِ مالَه فى الوَصِيَّةِ ، كسائِرِ الوَصَايَا . والثانى ، لا شىءَ

١٧/٦ ظ

---

(٣٣) فى م : « سهما » .

(٣٤) فى م : « أيضا » .

لصاحِبِ التَّمامِ حتى تَكْمُلَ المائةُ لِصاحِبِها ، ثم يكونُ الثُّلُثُ بين الوَصِيَّيْنِ الآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، ويُزَاحِمُ صاحِبُ المائةِ صاحِبَ[٣٥] التَّمامِ ، ولا يُعْطِيه شيئًا ؛ لأنَّه إنَّما يَستَحِقُ بعد تَمَامِ المائةِ لِصَاحِبِها ، وما تَمَّتْ له . ويجوزُ أن يُزَاحِمَ به ولا يُعْطِيه ، كالأَخِ من الأَبَوَيْنِ ، يُزَاحِمُ الجَدَّ بالأَخِ من الأَبِ ، ولا يُعطِيه شَيْئًا .

٩٦٤ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ بِنِصْفِ مَالِهِ ، ولِعَمْرٍو بِرُبْعِ مَالِهِ ، ولَمْ يُجِزْ ذٰلِكَ الْوَرَثَةُ ، فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلاثَةِ أَسْهُمٍ ؛ لِعَمْرٍو سَهْمٌ ، ولِزَيْدٍ سَهْمانِ**)

وجملتُه أنَّه إذا أَوْصَى بأَجْزَاءٍ من المالِ ، أَخَذْتَها من مَخْرَجِها ، وقَسَمْتَ الباقِيَ على الوَرَثَةِ . وإن لم يُجِيزُوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بين الأَوْصِيَاءِ على قَدْرِ سِهَامِهِم ، في حالِ الإِجَازَةِ ، وقَسَمْتَ الثُّلُثَيْنِ على الوَرَثَةِ ، ولا فَرْقَ بين أن يكون في[١] المُوصَى لهم من تُجَاوِزُ وَصِيَّتُه الثُّلُثَ أو لا . هذا قولُ الجُمْهُورِ ، منهم ؛ الحَسَنُ ، والنَّخَعِيُّ ، ومالِكٌ ، وابنُ أبي لَيْلَى ، والثَّوْرِيُّ ، والشافِعِيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا يَضْرِبُ المُوصَى له في حالِ الرَّدِّ بأَكْثَرَ من الثُّلُثِ ؛ لأنَّ ما جاوَزَ الثُّلُثَ باطِلٌ ، فكيف يَضْرِبُ به ؟ ولَنا ، أنَّه[٢] فاضَلَ بينهما في الوَصِيَّةِ فلم تَجُزِ التَّسْوِيَةُ ، كما لو وَصَّى بِثُلُثٍ ورُبْعٍ ، أو بمائةٍ ومائتَيْنِ ، ومالُه أَرْبَعُمائة . وهذا يُبْطِلُ ما ذَكَرُوه ، ولأنَّها وَصِيَّةٌ صَحِيحةٌ ، ضاقَ عنها الثُّلُثُ ، فتُقْسَمُ[٣] بينهم على قَدْرِ الوَصَايَا ، كالثُّلُثِ والرُّبْعِ . وليس الأَمْرُ على ما قالُوه في بُطْلانِ الوَصِيَّةِ ، فإنَّ الوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ على ما ذَكَرْناه فيما مَضَى . فعلى هذا إذا أَوْصَى / لِزَيْدٍ بِنِصْفِ مالِه ، ولِعَمْرٍو بِرُبْعِه ، فلِلْمُوصَى لهما ثَلاثَةُ أَرْباعِ المالِ ، إن أَجازَ ١٨/٦ و

---

(٣٥) في الأصل : « بصاحب » .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « أن » .

(٣) في الأصل ، ا : « فقسم » .

الوَرَثةُ ، ويَبْقى لهم الرُّبُعُ . وإن رَدُّوا ، فالثُّلُثُ بين الوَصِيَّيْنِ على ثلاثةٍ ، والمَسْأَلةُ كلها من تِسْعةٍ . وإن أجَازُوا لأحَدِهما دون صاحِبه ، ضَرَبْتَ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ فى مَسْأَلةِ الإجازَةِ ، وأعْطَيْتَ المُجازَ له سَهْمَه من مَسْأَلةِ الإجازة فى مَسْأَلةِ الرَّدِّ ، والمَرْدُودَ عليه سَهْمَه من مَسْأَلةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فى مَسْأَلةِ الإجازَةِ . وإن أجازَ بعضُ الوَرَثةِ لهما ، ورَدَّ الباقُونَ عليهما ، أعْطَيْتَ المُجيزَ سَهْمَه من مَسْأَلةِ الإجازَةِ فى مَسْأَلةِ الرَّدِّ ، ومَنْ لم يُجِزْ سَهْمَه من مَسْأَلةِ الرَّدِّ مَضْرُوبًا فى مَسْأَلةِ الإجازَةِ ، وقَسَمْتَ الباقِىَ بين الوَصِيَّيْنِ على ثلاثةٍ . وإن اتَّفَقتِ المَسْأَلتانِ ، ضَرَبْتَ وَفْقَ إحْداهُما فى الأُخْرَى ، ومَنْ له سَهْمٌ من إحْدَى المَسْأَلَتَيْنِ مَضْرُوبٌ فى وَفْقِ الأُخْرَى . وإن دَخَلَتْ إحْدَى المَسْأَلَتَيْنِ فى الأُخْرَى ، اجتَزَأْتَ بأكْثَرِهما ، ففى مَسْأَلةِ الخِرَقِىِّ هذه ، إذا كان الوَرَثَةُ أُمًّا وثلاثَ أخَواتٍ مُفْترِقاتٍ[٤] ، فأجَازُوا ، فالمَسْأَلةُ من أرْبَعةٍ ، لِلْوَصِيَّيْنِ ثَلاثةٌ ، يَبْقَى سَهْمٌ على سِتَّةٍ ، تَضْرِبُها فى أرْبَعةٍ ، تكُنْ أرْبَعةً وعِشْرِينَ . وإن رَدُّوا فلِلْوَصِيَّيْنِ الثُّلُثُ ثلاثةٌ ، ويَبْقَى سِتَّةٌ على المَسْأَلةِ وهى سِتَّةٌ ؛ فتَصِحُّ من تِسْعَةٍ . وإن أجَازُوا لِصاحِبِ النِّصْفِ وَحْدَه ، ضَرَبْتَ وفْقَ التِّسْعةِ فى أرْبَعةٍ وعِشْرِينَ ، تكُنِ اثْنَيْنِ وَسْبِعينَ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ اثْنا عَشَرَ فى ثَلاثةٍ سِتَّةٌ وثَلاثُونَ ، وللآخرِ سَهْمٌ فى ثمانيةٍ ، يَبْقَى ثمانيةٌ وعِشْرُونَ لِلْوَرَثةِ . وإن أجَازَتِ الأُمُّ لهما ورَدَّ الباقُونَ عليهما ، أعطَيْتَ الأُمَّ سَهْمًا فى ثلاثةٍ ، والباقِينَ خَمْسَةَ أسْهُمٍ فى ثمانيةٍ ، صارَ الجَمِيعُ ثَلاثةً وأرْبَعِينَ ، يَبْقَى تِسْعةٌ وعِشْرُونَ بين الوَصِيَّيْنِ على ثَلاثةٍ . وإن أجازَتِ الأُخْتُ من الأبَوَيْنِ وحْدَها[٥] ، فلها تِسْعَةٌ [٦]ولبَاقِى الْوَرَثةِ[٦] أرْبَعةٌ وعِشْرُونَ ، ويَبْقَى تِسْعةٌ وثلاثُونَ لهما على ثلاثةٍ ، لِصَاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ وعِشْرُونَ ، وللآخَـرِ ثلاثةَ عَشَرَ .

---

(٤) فى م : « متفرقات » .

(٥) فى م : « وحدها » تصحيف .

(٦ - ٦) فى م : « والباقى للورثة » .

١٨/٦ ظ

فصل : إذا جاوَزَتِ الوَصَايَا المالَ ، فاقْسِمِ المالَ بينهم على قَدْرِ وَصَايَاهم ، / مثل العَوْلِ ، واجْعَلْ وَصَايَاهُم كالفُرُوضِ التى فَرَضَها اللهُ تعالى لِلْوَرَثَةِ ، إذا زادَتْ على المالِ . وإن رَدُّوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بينهم على تلك السِّهَامِ . وهذا قولُ النَّخَعِيِّ ، ومالِكٍ ، والشافِعِيِّ. قال سَعِيدُ بن مَنْصُورٍ[٧] : حَدَّثَنا أبو مُعَاوِيَةَ، حَدَّثَنا أبو[٨] عاصِمٍ الثَّقَفِيُّ قال : قال لى إبْرَاهِيمُ النَّخَعِيُّ : ما تقولُ فى رَجُلٍ أَوْصَى بِنِصْفِ مالِه ، وثُلُثِ مالِه ، ورُبْعِ مالِه ؟ قلت : لا يجوزُ . قال : فإنَّهم قد أجَازُوا . قلتُ : لا أدْرِى ؟ قال : امْسِكْ اثْنَى عَشَرَ ، فأَخْرِجْ نِصْفَها سِتَّةً ، وثُلُثَها أربَعةً ، ورُبْعَها ثَلاثَةً ، فاقْسِمِ المالَ على ثَلَاثَةَ عَشَرَ ، فلِصَاحِبِ النِّصْفِ سِتَّةٌ ، ولِصَاحِبِ الثُّلُثِ أَرْبَعةٌ ، ولِصَاحِبِ الرُّبْعِ ثَلَاثَةٌ . وكان أبو حنيفةَ يقول : يَأْخُذُ أكْثَرُهم وَصِيَّةً ما[٩] يَفْضُلُ به على مَن دُونَه ، ثم يَقْتَسِمُون الباقِى ، إن أجَازُوا ، وفى الرَّدِّ لا يُضْرَبُ لأَحَدٍ[١٠] بأكْثَرَ من الثُّلُثِ ، وإن نَقَصَ بعضُهم عن الثُّلُثِ ، أَخَذَ أكْثَرُهم ما يَفْضُلُ به على مَنْ دُونَه . ومثال ذلك ، رَجُلٌ أَوْصَى بثُلُثَىْ مالِه ونِصْفِه وثُلُثِه ، فالمالُ بينهم على تِسْعةٍ فى الإِجَازَةِ ، والثُّلُثُ بينهم كذلك فى الرَّدِّ ، كمَسْأَلةٍ فيها زَوْجٌ وأُخْتانِ لأَبٍ وأُخْتانِ لأُمٍّ . وقال أبو حنيفةَ : صاحِبُ الثُّلُثَيْنِ يَفْضُلُهما بسُدُسٍ ، فيَأْخُذُه ، وهو وصاحِبُ النِّصْفِ يَفْضُلَانِ صاحِبَ الثُّلُثِ بسُدُسٍ ، فيَأْخُذَانِه بينهما نِصْفَيْنِ ، ويَقْتَسِمُون الباقِى بينهم أثْلَاثًا . وتَصِحُّ من سِتَّةٍ وثَلَاثِينَ ، لصاحِبِ الثُّلُثَيْنِ سَبْعةَ عَشَرَ ، ولِصاحِبِ النِّصْفِ أحَدَ عَشَرَ ، ولِصاحِبِ الثُّلُثِ ثَمانِيةٌ . وإن رَدُّوا قُسِمَ بينهم على ثلاثةٍ . ولو أَوْصَى لِرَجُلٍ بجَمِيعِ مالِه ، ولآخَرَ بثُلُثِه ، فالمالُ بينهما على أرْبَعةٍ إن أجَازُوا ، والثُّلُثُ بينهما كذلك فى حالِ الرَّدِّ . وعند أبى حنيفةَ : إن أجَازُوا فلِصَاحِبِ المالِ الثُّلُثانِ ، يَتَفَرَّدُ بهما ، ويُقَاسِمُ صاحِبَ الثُّلُثِ ، فيَحْصُلُ له خَمْسَةُ أسْداسٍ ، ولِصَاحِبِ الثُّلُثِ السُّدُسُ ،

---

(٧) فى : باب الرجل يوصى للرجل فيموت الموصى له . السنن ١/ ١١٦ .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « مما » .

(١٠) فى م : « لأحدهم » .

وإن رَدُّوا ، اقْتَسَما الثُّلُثَ نِصْفَيْنِ ، فلا يَحْصُلُ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ إلَّا السُّدُسُ فى الإجازَةِ والرَّدِّ جميعا . ولو جَعَلَ مكانَ الثُّلُثِ سُدُسًا / ، لكان لِصاحِبِ المالِ خَمْسَةُ أسْداسٍ[11] فى الإجازَةِ ، ويُقَاسِمُ صاحِبَ السُّدُسِ ، فيَأْخُذُ نِصْفَه ، ويَبْقَى لِصَاحِبِ السُّدُسِ نِصْفُه سَهْمٌ من اثْنَى عَشَرَ . وفى الرَّدِّ ، يَقْتَسِمانِ الثُّلُثَ بينهما أثْلاثًا ، فيَجْعَلُ لِصاحِبِ السُّدُسِ التُّسْعَ سَهْمٌ من تِسْعةٍ ، وذلك أكْثَرُ ممَّا حَصَلَ له فى الإجَازَةِ ، وهذا دَلِيلٌ على فَسَادِ هذا القولِ ، لِزيَادةِ سَهْمِ المُوصَى له فى الرَّدِّ على حالةِ الإجَازَةِ ، ومتى كان لِلْمُوصَى له[12] حَقٌّ فى حالِ الرَّدِّ ، لا يَنْبَغِى أن يَتَمَكَّنَ الوارِثُ من تَغْيِيرِه ، ولا تَنْقِيصِه ، ولا أخْذِه منه ، ولا صَرْفِه إلى غيرِه ، مع أنَّ ما ذَهَبَ إليه الجُمْهُورُ نَظِيرُه مَسائِلُ العَوْلِ فى الفَرائِضِ ، والدُّيُونِ على المُفْلِسِ ، وما ذَكَرُوه لا نَظِيرَ له ، مع أنَّ فَرْضَ اللهِ تعالى لِلْوارِثِ آكَدُ من فَرْضِ المُوصِى وَوَصِيَّتِه ، ثم إنَّ صاحِبَ الفَضْلِ [13]فى الفَرْضِ[13] المَفْرُوضِ ، لا يَنْفَرِدُ بِفَضْلِه ، فكذا فى الوَصَايَا .

فصل : وإذا خَلَّفَ ابْنَيْنِ ، وأَوْصَى لِرَجُلٍ بمالِه كلِّه ، وللآخَرِ بِنصْفِه ، فالمالُ بين الوَصِيَّيْنِ على ثلاثةٍ إن أجازَا ؛ لأنَّك إذا بَسطْتَ المالَ من جِنْسِ الكَسْرِ ، كان نِصْفَيْنِ ، فإذا ضَمَمْتَ النِّصْفَ الآخَرَ ، صارَت ثَلاثَةً ، فيُقْسَمُ المالُ على ثلاثةٍ ، ويَصِيرِ النِّصْفُ ثُلُثًا ، كمَسْأَلةٍ فيها زَوْجٌ وأُمٌّ وثَلاثُ أخَواتٍ مفترقاتٍ[14] ، فإن رَدُّوا ، فالثُّلُثُ بينهما على ثلاثةٍ ، وإن أجازُوا لِصَاحِبِ النِّصْفِ وحدَه ، فلِصاحِبِ المالِ التُّسْعانِ ، ولِصاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفُ فى أحَدِ[15] الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّه مُوصًى له به ، وإنَّما مَنَعه أخْذَه فى[16] حالِ الإجازَةِ لهما ، مُزَاحَمَةُ صاحِبِه ، فإذا زَالَتْ مُزَاحَمَتُه ، أخَذَ جَمِيعَ

(١١) فى الأصل : « أسداسه » .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣ - ١٣) سقط من : الأصل ، ا .

(١٤) فى م : « متفرقات » .

(١٥) فى م : « إحدى » .

(١٦) سقط من : الأصل ، م .

وَصِيَّته . والثانى ، ليس له إلَّا الثُّلُثُ الذى كان له فى حالِ الإجَازَةِ لهما ؛ لأنَّ ما زادَ على ذلك إنَّما كان حَقًّا لِصاحِبِ المالِ ، أخَذَه الوَرَثةُ منه بالرَّدِّ عليه ، فيأْخُذُه[17] الوارِثانِ . وإن أجازَا[18] لِصاحِبِ الكُلِّ وحدَه ، فله ثَمَانِيةُ أتساعٍ على الوَجْهِ الأوَّلِ والتُّسْعُ للآخَرِ ، وعلى الوَجْهِ الثانى ، ليس له إلَّا الثُّلُثانِ اللَّذانِ كانا له فى[19] حالِ / الإجازَةِ لهما ، والتُّسْعانِ لِلْوَرثةِ . فإن أجازَ أحدُ الابْنَيْنِ لهما دُونَ الآخَرِ ، فلا شىءَ لِلْمُجيزِ ، وللآخَرِ الثُّلُثُ ، والثُّلُثانِ بين الوَصِيَّيْنِ على أرْبَعةٍ . وإن أجازَ أحَدُهما لِصاحِبِ المالِ وحدَه ، فللآخَرِ التُّسْعُ ، وللابْنِ الآخَرِ الثُّلُثُ ، والباقِى لصاحِبِ المالِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ له أرْبَعةُ أتساعٍ ، والتُّسْعُ الباقى لِلْمُجيزِ . وإن أجازَ لِصاحِبِ النِّصْفِ وحدَه ، دَفَعَ إليه نِصْفَ ما يَتِمُّ به النِّصْفُ ، وهو تُسْعٌ ونِصْفُ سُدُسٍ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وفى الآخَرِ يَدْفَعُ إليه التُّسْعَ ، فيَصِيرُ له تُسعانِ ، ولِصاحِبِ المالِ تُسْعانِ ، ولِلْمُجيزِ تُسْعانِ ، والثُّلُثُ للذى لم يُجِزْ . وتَصِحُّ من تِسْعةٍ . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ تَصِحُّ من سِتَّةٍ وثَلاثِينَ ، للذى لم يُجِزْ اثْنَا عَشَرَ ، ولِلْمُجيزِ خَمْسَةٌ ، ولِصاحِبِ النِّصْفِ أحَدَ عَشَرَ ، ولصاحِبِ المالِ ثمانيةٌ ؛ وذلك لأنَّ مَسْأَلَةَ الرَّدِّ من تِسْعةٍ ، لِصاحِبِ النِّصْفِ منها سَهْمٌ ، فلو أجازَ له الابنانِ ، كان له تَمامُ النِّصْفِ ثَلاثَةٌ ونِصْفٌ . فإذا أجازَ له أحَدُهما ، لَزِمَهُ نِصْفُ ذلك ، وهو سَهْمٌ وثَلاثةُ أرْباعِ سَهْمٍ ، فيُضْرَبُ مَخْرَجُ الرُّبْعِ فى تِسْعةٍ ، يكُنْ سِتَّةً وثلاثِينَ .

٩٦٥ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا أَوْصَى لِوَلَدِ فُلَانٍ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى بِالسَّوِيَّةِ . وإنْ قَالَ : لِبَنِيه . فَهُوَ لِلذُّكُورِ دُونَ الْإناثِ)

أمَّا إذا أوْصَى لِوَلَدِه ، أو لِوَلَدِ فُلانٍ ، فإنَّه لِلذُّكُورِ والإناثِ والخَنَاثَى . لا خِلافَ

---

(17) فى م : « فأخذه » .

(18) فى ا ، م : « أجاز » .

(19) سقط من : الأصل ، م .

فى ذلك ؛ لأنَّ الاسْمَ يَشْمَلُ الجَمِيعَ . قال اللهُ تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللهُ فِى أَوْلَادِكُم لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنْثَيَيْنِ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ ما ٱتَّخَذَ ٱللهُ مِن وَلَدٍ ﴾[2] . نَفَى[3] الذَّكَرَ والأُنْثَى جَمِيعًا ، وإن قال : لِبَنِىَّ ، أو بَنِى فُلَانٍ . فهو لِلذُّكُورِ دون الإنَاثِ والخَنَاثَى . هذا قول الجُمْهُورِ . وبه قال الشافِعِىُّ ، وأَصْحابُ الرَّأْى . وقال الحَسَنُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ : هو لِلذَّكرِ والأُنْثَى جَمِيعًا ؛ لأنَّه لو أَوْصَى لِبَنِى فُلانٍ وهم قَبِيلَةٌ ، دَخَلَ فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى . وقال الثَّوْرِىُّ : إن كانوا ذُكُورًا وإنَاثًا ، فهو بينهم ، وإن كُنَّ / بَنَاتٍ لا ذَكَرَ مَعَهُنَّ ، فلا شىءَ لهنَّ ؛ لأنَّه متى اجْتَمَعَ الذُّكُورُ والإنَاثُ غَلَبَ لَفظُ التَّذْكِيرِ ، ودَخَلَ فيه الإنَاثُ ، كلَفْظِ المُسْلِمينَ والمُشْرِكِينَ . ولَنا ، أنَّ لَفْظَ البَنِينَ يَخْتَصُّ الذُّكُورَ ، قال الله تعالى : ﴿ أَصْطَفَى ٱلْبَنَاتِ عَلَى ٱلْبَنِينَ ﴾[4] . وقال تعالى : ﴿ أَمِ ٱتَّخَذَ مِمَّا يَخْلُقُ بَنَاتٍ وَأَصْفَـٰكُم بِٱلْبَنِينَ ﴾[5] . وقال : ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَاتِ مِنَ ٱلنِّسَاءِ وَٱلْبَنِينَ ﴾[6] . وقال : ﴿ ٱلْمَالُ وَٱلْبَنُونَ زِينَةُ ٱلْحَيَاةِ ٱلدُّنْيَا ﴾[7] . وقد أَخْبَرَ أَنَّهم لا يَشْتَهُونَ البَنَاتِ . فقال : ﴿ وَيَجْعَلُونَ لِلَّهِ ٱلْبَنَاتِ سُبْحَانَهُ وَلَهُمْ مَا يَشْتَهُونَ * وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِٱلْأُنْثَى ﴾[8] . الآية . وإنَّما دَخَلُوا فى الاسْمِ إذا صارُوا قَبِيلةً ؛ لأنَّ الاسْمَ نُقِلَ فيهم عن الحَقِيقةِ إلى العُرْفِ ، ولهذا تقول المْرْأَةُ : أنا من بَنِى فُلَانٍ . إذا انْتَسَبَتْ إلى القَبِيلَةِ ، ولا تقول ذلك إذا انْتَسَبَتْ إلى أَبِيها .

٦/٢٠ و

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة المؤمنون ٩١ .

(٣) فى ا ، م : « فى » .

(٤) سورة الصافات ١٥٣ .

(٥) سورة الزخرف ١٦ .

(٦) سورة آل عمران ١٤ .

(٧) سورة الكهف ٤٦ .

(٨) سورة النحل ٥٧ ، ٥٨ .

فصل : وإن أَوْصَى لِبَنَاتِ فُلَانٍ ، دَخَلَ فيه الإناثُ دون غَيْرِهِنَّ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا ، ولا يَدْخُلُ فيهنَّ الخُنْثَى المُشْكِلُ ؛ لأنا[9] لا نَعْلَمُ كَوْنَه أُنْثَى .

فصل : وإن أَوْصَى لِوَلَدِ فُلَانٍ ، أو لِبَنِى فُلانٍ . ولم يكونُوا قَبِيلَةً ، فهو لِوَلَدِه لِصُلْبِه ، وأمَّا أَوْلادُ أَوْلادِه ، فإن كانتْ قَرِينَةٌ تَدُلُّ على دُخولِهم ، مثل أن يُوصِىَ لِوَلَدِ فُلانٍ وليس له إلَّا أَوْلَادُ أَوْلادِه ، أو قال : ولا يُعْطَى وَلَدُ البَناتِ شيْئًا . أو قال : إلَّا وَلَدَ فُلانٍ . أو فَضِّلُوا وَلَدَ فُلانٍ على غيرِهم . ونحو ذلك ، دَخلُوا ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُم ، والقَرِينَةَ صارِفَةٌ له إليهم ، فصارَ كالتَّصْرِيحِ بهم . وإن دَلَّتِ القَرِينةُ على إخْرَاجِهم ، فلا شىءَ لهم . وإن انْتَفَتِ القَرَائِنُ ، لم يَدْخُلُوا فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ اسْمَ الوَلَدِ حَقِيقةٌ عِبارَةٌ عن وَلَدِ الصُّلْبِ . فإن قِيل : فقد دَخَلُوا فى قولِ الله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾ . قُلْنا : إنما دَخَلُوا فيه إذا لم يكُنْ ثَمَّ ابنٌ من وَلَدِ الصُّلْبِ ، ودَخَلُوا مع الإنَاثِ على أنَّهم إنَّما يَرِثُونَ ما فَضَلَ عن البَناتِ ، على ما ذُكِرَ تَفْصِيلُه فى الفَرَائِضِ ، ولا يُمْكِنُ ذلك / هٰهُنا ، فانْتَفَى دُخُولُهم . ويَحْتَمِلُ أن يَدْخُلَ وَلَدُ البَنِينَ فى الوَصِيَّةِ ، إذا لم تكُنْ قَرِينَةٌ تُخْرِجُهُم ؛ لأنَّهم دَخلُوا فى اسْمِ الوَلَدِ فى كلِّ مَوْضِعٍ ذَكَرَه اللهُ تعالى ، من الإرْثِ والحَجْبِ وغيرِه .

٢٠/٦ ظ

فصل : وإن وَصَّى لِوَلَدِ فُلانٍ ، أو بَنِى فُلانٍ ، وهم قَبِيلَةٌ ، كبَنِى هاشِمٍ وبَنِى تَمِيمٍ ، دَخَلَ فيهم الذَّكَرُ والأُنْثَى والخُنْثَى ، ويَدْخُلُ وَلَدُ الرَّجُلِ معه ، ولا يَدْخُلُ فيه وَلَدُ بَناتِهِم ؛ لأنَّ ذلك اسْمٌ لِلْقَبِيلةِ ذَكَرِها وأُنْثاها ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَا بَنِى آدَمَ ﴾[10] . ﴿ ولَقَد كَرَّمْنا بَنِى آدَمَ ﴾[11] . يُرِيدُ الجَمِيعَ . وقال : ﴿ وَلَقَدْ آتَيْنَا بَنِى إسْرَائِيلَ ٱلْكِتَابَ ﴾[12] . ورُوِى أن جَوَارِىَ من الأنْصارِ قُلْنَ :

---

(٩) فى الأصل ، ا : « لأنه » .

(١٠) سورة الأعراف ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(١١) سورة الإسراء ٧٠ .

(١٢) سورة الجاثية ١٦ .

نَحْنُ جَوَارٍ مِنْ بَنِى النَّجَارِ   يا حَبَّذَا مُحَمَّدٌ مِـنْ جَـارِ[١٣]

ويقال : امْرَأَةٌ من بَنِى هاشِمٍ ، ولا يَدْخُلُ وَلَدُ البَناتِ فيهم ؛ لأَنَّهم لا يَنْتَسِبُونَ إلى القَبِيلَةِ .

فصل : وإن أَوْصَى لأَخَوَاتِه ، فهو للإِنَاثِ خاصَّةً ، وإن أَوْصَى لإِخْوَتِه ، دَخَلَ فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى جَمِيعًا ؛ لأَنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِنْ كَانُواْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً ﴾[١٤] . وقال : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾[١٥] . وأَجْمَعَ العُلَماءُ على حَجْبِها بالذَّكَرِ والأُنْثَى . وإن قال : لِعُمُومَتِه . فالظاهِرُ أَنَّه مثلُ الإِخْوَةِ ، يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى ؛ لأَنَّهم إِخْوَةُ أَبِيه . وإن قال : لِبَنِى إِخْوَتِه . أو لِبَنِى عَمِّه . فهو لِلذُّكُورِ دون الإِنَاثِ ، إذا لم يكونُوا قَبِيلَةً . والفَرْقُ بينهما أَنَّ الإِخْوَةَ والعُمُومَةَ ليس لهما لَفْظٌ مَوْضُوعٌ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى سِوَى هذا اللَّفْظِ ، وبَنُو الإِخْوَةِ والعَمِّ لهم لَفْظٌ يَشْمَلُ الجَمِيعَ وهو لَفْظُ الأَوْلادِ ، فإذا عَدَلَ عن اللَّفْظِ العامِّ إلى لَفْظِ البَنِينَ ، دَلَّ على إِرَادَةِ الذُّكُورِ ، ولأَنَّ لَفْظَ العُمُومَةِ أَشْبَهُ بلَفْظِ الإِخْوَةِ ، ولَفْظُ بَنِى الإِخْوَةِ والعَمِّ يُشْبِهُ بَنِى فُلانٍ ، وقد دَلَّلْنَا عليهما . والحُكْمُ فى تَنَاوُلِ اللَّفْظِ لِلْبَعِيدِ من العُمُومَةِ وبَنِى العَمِّ والإِخْوَةِ ، حُكْمُ ما ذَكَرْنا فى وَلَدِ الوَلَدِ ، مع القَرِينَةِ وعَدَمِها .

فصل : وأَلْفاظُ الجُمُوعِ على أَرْبَعةِ أَضْرُبٍ ؛ أحدها ، ما يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى بِوَضْعِه ، كالأَوْلادِ والذُّرِّيَّةِ والعَالَمِينَ وشِبْهِه . /والثانى ، مَوْضُوعٌ لِلذُّكُورِ ويَدْخُلُ فيه الإِنَاثُ إذا اجْتَمَعُوا ، [١٦]كلَفظِ المسلمين[١٦] والمؤمنينَ والقانِتِينَ والصَّابِرِينَ والصَّادِقِينَ والذِّمِّيِّينَ والمُشْرِكِينَ والفاسِقِينَ ونحوه ، وكذلك ضَمِيرُ المُذَكَّرِ ،

٢١/٦ و

(١٣) انظر : سبل الهدى والرشاد ٣/٣٩٠ .

(١٤) سورة النساء ١٧٦ .

(١٥) سورة النساء ١١ .

(١٦ - ١٦) فى ا : « كالمسلمين » .

كالواوِ فى قامُوا ، والتَّاءِ والمِيمِ فى قُمْتُمْ ، وهم مُفْرَدَةً ومَوْصُولَةً ، والكافِ والمِيمِ فى لَكُم وعَلَيْكُم ، ونحوه . فهذا متى اجْتَمَعَ [17]الذُّكُور والإناث غُلِّبَ[17] لَفْظُ التَّذْكِيرِ فيه ، ودَخَلَ فيه الذَّكَرُ والأُنْثَى . والثالث ، ضَرْبٌ يَخْتَصُّ[18] الذُّكُورَ كالبَنِينَ والذُّكُورِ والرِّجَالِ والغِلْمانِ ، فلا يَدْخُلُ فيه إلَّا الذُّكُورَ . والرابع ، لَفْظٌ يَخْتَصُّ[18] النِّسَاءَ ، كالنِّسَاءِ والبَنَاتِ والمُؤْمِناتِ والصَّادِقَاتِ ، والضَّمائِرِ المَوْضُوعَةِ لهنَّ ، فلا يَتَناوَلُ غيرَ الإناثِ .

فصل : وإن وَصَّى للأَرَامِلِ ، فهو للنِّسَاءِ اللَّاتِى فارَقَهُنَّ[19] أزْوَاجُهُنَّ بمَوْتٍ أو غيرِه . قال أحمدُ ، فى رِوَايةِ حَرْبٍ ، وقد سُئِلَ عن رَجُلٍ أوْصَى لأَرَامِلِ بَنِى فُلانٍ . فقال : قد اخْتَلَفَ الناسُ فيها ، فقال قومٌ : هو[20] للرِّجَالِ والنِّسَاءِ . والذى يُعْرَفُ فى كَلَامِ الناسِ أنَّ الأَرَامِلَ النِّسَاءُ . وقال الشَّعْبِىُّ ، وإسحاقُ : هو لِلرِّجَالِ والنِّسَاءِ ، وأنْشَدَ أحَدُهُما[21] :

هٰذِى الأَرَامِلُ قد قَضَّيْتَ حاجَتَها ... فَمَنْ لِحَاجَةِ هذا الأَرْمَلِ الذَّكَرِ

وقال آخرُ[22] :

أُحِبُّ أنْ أَصْطَادَ ضَبًّا سَحْبَلَا[22] ... رَعَى الرَّبِيعَ وَالشِّتَاءَ أَرْمَلَا

(17 – 17) فى م : « الذكور وعليه الإناث وغلب » .

(18) فى ا : « يخص » .

(19) فى الأصل : « فارقن » .

(20) سقط من : الأصل ، ا .

(21) البيت لجرير ، فى اللسان (ر م ل) ، وهو أيضا فى معجم مقاييس اللغة 442/2 . وليس فى ديوان جرير .

(22) الرجز فى اللسان ، والتاج ، وتهذيب اللغة 205/15 (ر م ل) و (س ح ب ل) . والأول منه فى اللسان والتاج (ر ب ل) .

وفى م : « ظبيا سخبلا » . والسحبل من الضباب : الضخم .

ولَنا ، أن المَعْرُوفَ فى كَلامِ الناسِ أنَّه النِّساءُ ، فلا يُحْمَلُ لَفظُ المُوصِى إلَّا عليه ، ولأنَّ الأَرَامِلَ جَمْعُ أَرْمَلةٍ ، فلا يكونُ جَمْعًا لِلمُذَكَّرِ ؛ لأنَّ ما يَخْتَلِفُ لَفْظُ الذَّكَرِ والأُنْثَى فى واحِدِهِ[23] يَخْتَلِفُ فى جَمْعِه ، وقد أَنْكَرَ ابنُ الأَنْبارِىِّ على قائِلِ القَوْلِ الآخَرِ ، وخَطَّأَهُ فيه ، والشِّعْرُ الذى احْتَجَّ به حُجَّةٌ عليه ، فإنَّه لو كان لَفْظُ الأَرامِلِ يَشْمَلُ الذَّكَرَ والأُنْثَى ، لَقال : « حاجَتَهُم » إذ لا خِلافَ بين أَهْلِ اللِّسانِ فى أنَّ اللَّفْظَ متى كان للذَّكَرِ[24] والأُنْثَى ، ثم رُدَّ عليه ضَمِيرٌ ، غُلِّبَ فيه لَفْظُ التَّذْكِيرِ / وضَمِيرُه ، فلما رُدَّ الضَّمِيرُ على الإناثِ ، عُلِمَ أنَّه مَوْضُوعٌ لهنَّ على الانْفِرادِ ، وسَمَّى نَفْسَه أَرْمَلًا تَجَوُّزًا وتَشْبِيهًا بهِنَّ ، ولذلك وَصَفَ نَفْسَه بأنَّه ذَكَرٌ ، ويَدُلُّ على إرادةِ المَجازِ أنَّ اللَّفْظَ عند إطْلاقِه لا يُفْهَمُ منه إلَّا النِّساءُ ، ولا يُسَمَّى به فى العُرْفِ غَيْرُهُنَّ ، وهذا دَلِيلٌ على أنَّه لم يُوضَعْ لِغَيْرِهِنَّ ، ثم لو ثَبَتَ أنَّه فى الحَقِيقَةِ لِلرِّجالِ والنِّساءِ لَكان قد خَصَّ به أَهْلُ العُرْفِ النِّساءَ ، وهُجِرَتْ به[25] الحَقِيقةُ حتى صارَت مَغْمُورةً ، لا تُفْهَمُ من لَفْظِ المُتَكَلِّمِ ، ولا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمٌ كسائِرِ الألْفاظِ العُرْفِيّةِ .

٢١/٦ ظ

فصل : فأما لَفْظُ[26] الأَيامَى ، فهو كالأَرامِلِ ، [27]إلَّا أنَّه[27] لكلِّ امْرَأةٍ لا زَوْجَ لها ، قال الله تعالى : ﴿ وأَنْكِحُواْ ٱلْأَيَامَى مِنكُمْ ﴾[28] . وفى بعضِ الحَدِيثِ : « أَعُوذُ بِاللهِ مِنْ بَوارِ الْأَيِّمِ »[29] . وقال أصْحابُنا : هو للرِّجالِ والنِّساءِ الذين لا أزْواجَ لهم ، لما رُوِىَ عن سَعِيدِ بن المُسَيَّبِ قال : آمَتْ حَفْصَةُ بِنْتُ عمرَ من زَوْجِها ، وآمَ عثمانُ من رُقَيَّةَ . وقال الشاعِرُ[30] :

---

(٢٣) فى م : « واحد » .

(٢٤) فى م : « الذكر » .

(٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٦) فى م : « لفظه » .

(٢٧ – ٢٧) فى م : « لأنه » .

(٢٨) سورة النور ٣٢ .

(٢٩) انظر : النهاية فى غريب الحديث ١/١٦١ .

(٣٠) البيت فى اللسان والتاج (أ ى م) .

فإنْ تَنكِحِى أَنْكِحْ وَإنْ تَتأَيَّمِى   وإن كنتُ أَفْتَى مِنْكُمُ أَتَأَيَّمُ[٣١]

ولَنا ، أنَّ العُرْفَ يَخُصُّ النِّساءَ بهذا الاسْمِ ، والحُكْمُ للاسْمِ العُرْفِىِّ . وقول النبىِّ ﷺ : « أَعُوذُ باللهِ مِن بَوَارِ الأَيِّمِ » . إنَّما أَرَادَ به المَرْأَةَ ، فإنَّها التى تُوصَفُ بهذا ، ويَضُرُّ بَوَارُها .

فصل : والعُزَّابُ هم الذين لا أَزْواجَ لهم من الرِّجَالِ والنِّسَاءِ ، يقال : رَجُلٌ عَزَبٌ ، وامْرَأَةٌ عَزَبَةٌ . وإنما سُمِّىَ عَزَبًا لِانْفِرَادِه ، وكُلُّ شىءٍ انْفَرَدَ فهو عَزَبٌ ، قال ذُو الرُّمَّةِ يَصِفُ ثَوْرًا من الوَحْشِ انْفَرَدَ[٣٢] :

يَجْلُو البَوارِقُ عَنْ مُجْرَمِّزٍ لَهِقٍ   كأنَّهُ مُتَقَبِّى يَلْمَقٍ عَـزَبُ[٣٣]

ويَحْتَمِلُ أن يَخْتَصَّ العَزَبُ بالرَّجلِ[٣٤] ؛ لأنَّه فى العُرْفِ كذلك ، والثَّيِّبُ والبِكْرُ يَشْتَرِكُ فيه الرَّجُلُ والمَرْأَةُ . قال النبىُّ ﷺ : « الْبِكْرُ بالبِكْرِ ، جلْدُ مائةٍ ، ونَفْىُ سَنَةٍ ، والثَّيِّبُ بالثَّيِّبِ ، الجَلْدُ والرَّجْمُ »[٣٥] . والعانِسُ من الرِّجالِ والنِّساءِ : الذى كَبِرَ و لم يَتَزَوَّجْ . قال قَيْسُ بن رِفاعَةَ الواقِفِىُّ[٣٦] :

---

(٣١) عجز البيت فى اللسان : « يدا الدهر ما لم تنكحى أتأيم » . وفى التاج : « أبد الدهر » .

(٣٢) البيت لذى الرمة . ديوانه ٨٧/١ .

(٣٣) فى م : « عن مجلمز لهق كأنه متقبئ » . ومجرمز : ثور قد انقبض واجتمع بعضه إلى بعض . ولهق : أبيض . ومتقبى : لابس قباء . وعزب : وحده .

(٣٤) فى م : « بالرجال » .

(٣٥) أخرجه مسلم ، فى : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣١٦/٣ ، ١٣١٧ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٤٥٥/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجم على الثيب ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٢١٠/٦ . وابن ماجه ، فى : باب حد الزنى ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٨٥٢/٢ ، ٨٥٣ . والدارمى ، فى : باب فى تفسير قول الله تعالى : ﴿ أو يجعل الله لهن سبيلا ﴾ ، من كتاب الحدود . سنن الدارمى ١٨١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٧٦/٣ ، ٣١٣/٥ ، ٣١٧ ، ٣١٨ ، ٣٢٠ ، ٣٢١ ، ٣٢٧ .

(٣٦) اللسان والتاج (ع ن س) .

/ فِينَا الَّذِى ما عَدَا أن طَرَّ شارِبُهُ والعانِسُونَ وفِينَا المُرْدُ والشِّيبُ[٣٧] ٦/٢٢ و

والكُهُولُ : الذين جازُوا الثَّلاثِينَ ، قال الله تعالى : ﴿ وَيُكَلِّمُ ٱلنَّاسَ فِى ٱلْمَهْدِ وَكَهْلًا ﴾[٣٨] . قال المُفسِّرُونَ : ابنُ ثَلاثِينَ سنةً[٣٩] . مَأْخُوذٌ من قَوْلِهم : اكْتَهَلَ النَّباتُ ، إذا تَمَّ وقَوِىَ . ثم لا يَزَالُ كَهْلًا حتى يَبْلُغَ خَمْسِينَ ، ثم يَشِيخُ ، ثم لا يزالُ شَيْخًا حتى يَمُوتَ .

فصل : وإذا أَوْصَى لجَماعةٍ لا يُمْكِنُ حَصْرُهم واسْتِيعابُهُم ، كالقَبِيلَةِ العَظِيمةِ ، والفُقَراءِ والمَساكِينِ ، صَحَّ ، وأجْزأَ الدَّفْعُ إلى واحدٍ منهم . وبه قال الشافِعِىُّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، إلَّا أنَّه قال : يُدْفَعُ إلى ثلاثةٍ منهم ؛ لأنَّه أقَلُّ الجَمْعِ . وقال أبو حنيفةَ : لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِلْقَبِيلةِ التى لا يُمْكِنُ حَصْرُها ؛ لأنَّها يَدْخُل فيها الأَغْنِياءُ والفُقَراءُ ، وإذا وَقَعَتْ للأَغْنِياءِ لم تكُنْ قُرْبةً ، وإنَّما تكونُ حَقًّا لآدَمِىٍّ ، وحُقُوقُ الآدَمِيِّينَ إذا دَخَلَتْ فيها الجَهَالةُ لم تَصِحَّ ، كما لو أقَرَّ لِمَجْهُولٍ . ولَنا ، أنَّ كلَّ وَصِيَّةٍ صَحَّتْ لجَماعةٍ مَحْصُورَةٍ[٤٠] ، صَحَّتْ لهم ، وإن لم يكونُوا مَحْصُورين كالفُقَراءِ . وما ذَكَرُوه غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ الوَصِيَّةَ للأغنِياءِ قُرْبَةٌ ، وقد نَدَبَ النبىُّ ﷺ إلى الهَدِيَّةِ وإن كانت لِغَنِىٍّ . وأمَّا جَوازُ الدَّفْعِ إلى واحدٍ ، فمَبْنِىٌّ على الدَّفْعِ فى الزَّكاةِ[٤١] ، وقد مَضَى الكَلَامُ فيه هناك .

٩٦٦ ــ مسألة ؛ قال : (**والوَصِيَّةُ بالحَمْلِ ولِلْحَمْلِ جائِزَةٌ ، إذَا أتَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أشْهُرٍ مُنْذُ تَكَلَّمَ بالوَصِيَّةِ**)

أمَّا الوَصِيَّةُ بالحَمْلِ فتَصِحُّ إذا كان مَمْلُوكًا ، بأن يكونَ رَقِيقًا ، أو حَمْلَ بَهِيمةٍ

(٣٧) فى م : « الذى هو ما إن » .

(٣٨) سورة آل عمران ٤٦ .

(٣٩) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٤٠) فى م : « محصورين » .

(٤١) فى ا زيادة : « من الزكاة » .

مَمْلُوكةٍ له ؛ لأنَّ الغَرَرَ والخَطَرَ لا يَمْنَعُ صِحّةَ الوَصِيَّةِ ، فجَرَى مَجْرَى إعْتاقِ الحَمْلِ ، فإن انْفَصَلَ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الوَصِيّةُ ، وإن انْفَصَلَ حَيًّا ، وعَلِمنا وُجُودَه حالَ الوَصِيَّةِ ، أو حَكَمْنا بوُجُودِه ، صَحَّتِ الوَصِيّةُ ، وإن لم يكُنْ كذلك ، لم تَصِحَّ ؛ لِجَوازِ حُدُوثِه .

٢٢/٦ ظ ولو قال : أَوْصَيْتُ لك بما تَحْمِلُ جارِيَتِى هذه ، أو ناقَتِى هذه ، / أو نَخْلَتِى هذه . جازَ ؛ لما ذَكَرْنا من صِحَّتِها مع الغَرَرِ . وأمَّا الوَصِيَّةُ لِلْحَمْلِ ، فصَحِيحةٌ أيضا ، لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ، وبذلك قال الثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرأى ؛ وذلك لأنَّ الوَصِيّةَ جَرَتْ مَجْرَى المِيراثِ ، من حيثُ كَوْنُها انْتِقالَ المالِ من الإنْسانِ بعد مَوْتِه ، إلى المُوصَى له ، بغيرِ عِوَضٍ ، كانْتِقالِه إلى وارِثِه ، وقد سَمَّى اللهُ تعالى المِيراثَ وَصِيّةً ، بقولِه سُبْحانَه : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[1] . وقال سُبْحانَه : ﴿ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ ٱللَّهِ ﴾[2] . والحَمْلُ يَرِثُ ، فتَصِحُّ الوَصِيّةُ له ، ولأنَّ الوَصِيَّةَ أوْسَعُ من المِيراثِ ، فإنَّها تَصِحُّ لِلْمُخالِفِ فى الدِّينِ والعَبْدِ ، بخِلافِ المِيراثِ ، فإذا وَرِثَ الحَمْلُ ، فالوَصِيّةُ له أَوْلَى ، ولأنَّ الوَصِيَّةَ تَتَعلَّقُ بخَطَرٍ وغَرَرٍ ، فتَصِحُّ لِلْحَمْلِ ، كالعِتْقِ . فإن انْفَصَلَ الْحَمْلُ مَيِّتًا ، بَطَلَتِ الوَصِيّةُ ؛ لأنَّه لا يَرِثُ ، ولأنَّه يَحْتَمِلُ أن لا يكُونَ حَيًّا حينَ الوَصِيَّةِ ، فلا تَثْبُتُ له الوَصِيَّةُ والمِيراثُ بالشَّكِّ . وسواءٌ ماتَ لِعارِضٍ ، من ضَرْبِ البَطْنِ ، أو شُرْبِ[3] دَواءٍ ، أو غيرِه ؛ لما بَيَّنَّا من أنَّه لا يَرِثُ . وإن وَضَعَتْهُ حَيًّا ، صَحَّتِ الوَصِيّةُ له ، إذا حَكَمْنا بوُجُودِه حالَ الوَصِيَّةِ . نَقَلَ الخِرَقِىُّ ، إذا أتَتْ به لأَقَلَّ من سِتَّةِ أشْهُرٍ . وليس ذلك شَرْطًا فى كلِّ حالٍ ، لكنْ إن كانت المَرْأةُ فِراشًا لِزَوْجٍ أو سَيِّدٍ يَطَؤُها ، فأتَتْ به لِسِتَّةِ أشْهُرٍ فما دون ، عَلِمْنا وُجُودَه حينَ الوَصِيَّةِ ، وإن أتَتْ به لأَكْثَرَ منها ، لم تَصِحَّ الوَصِيّةُ له ؛

---

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) فى م : « ضرب » .

لِاحْتمالِ حُدُوثِه بعد الوَصِيَّةِ . وإن كانت بائنًا ، فأتَتْ به لأَكْثرَ من أرْبعِ سِنِينَ من حينِ الفُرْقةِ ، وأكْثَرَ من سِتّةِ أشْهُرٍ من حينِ الوَصِيَّةِ ، لم تَصِحَّ الوَصِيّةُ له ، وإن أتَتْ به لأقَلَّ من ذلك ، صَحَّتِ الوَصِيّةُ له ؛ لأنَّ الوَلَدَ يُعْلَمُ وُجُودُه إذا كان لِستَّةِ أشْهُرٍ ، ويُحْكَمُ بوُجُودِه إذا أتَتْ به لأقَلَّ من أرْبعِ سِنِينَ من حينِ الفُرْقةِ . وهذا مذهبُ الشافِعِىّ . وإن وَصَّى لحَمْلِ امْرَأةٍ/ من زَوْجِها أو سَيِّدِها ، صَحَّتِ الوَصِيّةُ له ، مع اشْتِراطِ إلْحاقِه به ، ٦/٢٣ و

وإن كان مَنْفيًّا[4] باللِّعانِ ، أو دَعْوَى الاسْتِبْراء ، لم تَصِحَّ الوَصِيّةُ له ؛ لِعَدَمِ نَسَبِه المُشْتَرَطِ[5] فى الوَصِيَّةِ ، فأمَّا إن كانت المَرْأةُ فِراشًا لِزَوْجٍ أو سَيِّدٍ ، إلَّا أنَّه لا يَطَؤُها ؛ لكَوْنِه غائبًا فى بَلَدٍ بَعِيدٍ ، أو مَرِيضًا مَرَضًا يَمْنَعُ الوَطْءَ ، أو كان أسِيرًا أو مَحْبُوسًا ، أو عَلِمَ الوَرَثَةُ أنَّه لم يَطَأْهَا وأقَرُّوا[6] بذلك ، فإنَّ أصْحابَنا لم يُفَرِّقُوا بين هذه الصُّوَرِ وبين ما إذا كان يَطَؤُها ؛ لأنَّهما لم يَفْتَرِقا فى لُحُوقِ النَّسَبِ بالزَّوْجِ والسَّيِّدِ ، فكانت فى حُكْمِ من يَطَؤُها . ويَحْتَمِلُ أنَّه متى أتَتْ به فى هذه الحال ، لِوَقْتٍ يَغْلِبُ على الظَّنِّ أنَّه كان مَوْجُودًا حالَ الوَصِيّةِ ، مثل أن تَضَعَهُ لأقَلَّ من غالِبِ مُدَّةِ الحَمْلِ ، أو تكونَ أمارَاتُ الحَمْلِ ظاهِرَةً ، أو أتَتْ به على وَجْهٍ يَغْلِبُ على الظَّنِّ أنَّه كان مَوْجُودًا بأمَاراتِ الْحَملِ ، بحيثُ يُحْكَمُ لها بكَوْنِها حامِلًا ، صَحَّتِ الوَصِيّةُ له ؛ لأنَّه يَثْبُتُ له أحْكَامُ الحَمْلِ فى[7] غيرِ هذا الحُكْمِ ، وقد انْتَفَتْ أسْبابُ حُدُوثِه ظاهِرًا ، فيَنْبَغِى أن تُثبتَ له الوَصِيَّةَ ، والحُكْمُ بإلْحاقِه بالزَّوْجِ والسَّيِّدِ فى هذه الصُّوَرِ إنما كان احْتياطًا لِلنَّسَبِ ، فإنَّه يَلْحَقُ بمُجَرَّدِ الاحْتِمالِ وإن كان بَعِيدًا ، ولا يَلْزَمُ من إثْباتِ النَّسَبِ[8] بمُطْلَقِ الاحْتِمالِ ، نَفْىُ اسْتِحْقاقِ الوَصِيَّةِ ، فإنَّه لا يُحْتَاطُ لإبطالِ الوَصِيَّةِ ، كما يُحْتَاطُ لإثْباتِ النَّسَبِ[8] ، فلا يَلْزَمُ إلْحاقُ ما لا يُحْتَاطُ له بما يُحْتَاطُ له[9] مع ظُهُورِ ما يُثْبِتُه ويُصَحِّحُه .

---

(٤) فى م : « منتفيا » .

(٥) فى م : « المشروط » .

(٦) فى الأصل : « أو أقروا » .

(٧) فى م : « من » .

(٨) فى م : « السبب » .

(٩) سقط من : م .

فصل : وإن وَصَّى بالحَمْلِ المَوْجُودِ ، اعْتُبِرَ وُجُودُه كما[10] فى حَمْلِ الأمَةِ بما يُعْتَبَرُ وُجُودُ الحَمْلِ المُوصَى له . وإن كان حَمْلَ بَهِيمةٍ ، اعْتُبِرَ وُجُودُه بما يَثْبُتُ به وُجُودُه فى سائِرِ الأحْكامِ .

فصل : وإذا أوْصَى لما تَحْمِلُ هذه المَرْأةُ ، لم يَصِحَّ . وقال بعضُ أصْحابِ الشافِعِىِّ : يَصِحُّ ، كما تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بما تَحْمِلُ هذه الجارِيَةُ . ولَنا ، أنَّ الوَصِيَّةَ تَمْلِيكٌ ، فلا تَصِحُّ لِلْمَعْدُومِ ، بخِلَافِ / المُوصَى به ، فإنَّه يُمْلَكُ ، فلم يُعْتَبَرْ وُجُودُه ، ولأنَّ الوَصِيَّةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيرَاثِ ، ولو ماتَ إنْسانٌ لم يَرِثْهُ من الحَمْلِ إلَّا مَنْ كان مَوْجُودًا ، كذلك الوَصِيَّةُ . ولو تَجَدَّدَ لِلْمَيِّتِ مالٌ بعد مَوْتِه ، بأن يَسْقُطَ فى شَبَكَتِه صَيْدٌ ، لَوَرِثَهُ وَرَثَتُه ، ولذلك قَضَيْنا بثُبُوتِ الإرْثِ فى دِيَتِه ، وهى تَتَجَدَّدُ بعد مَوْتِه ، فجازَ أن تُمْلَكَ بالوَصِيَّةِ . فإن قيل : فلو وَقَفَ على مَنْ يَحْدُثُ مِن وَلَدِه أو وَلَدِ فُلانٍ صَحَّ ، فالوَصِيَّةُ أوْلَى ؛ لأنَّها تَصِحُّ بالمَعْدُومِ والمَجْهُولِ ، بخِلَافِ الوَقْفِ . قُلْنا : الوَصِيَّةُ أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيرَاثِ ، ولا يَحْصُلُ المِيرَاثُ إلَّا لِمَوْجُودٍ ، فكذا الوَصِيَّةُ ، والوَقْفُ يُرَادُ لِلدَّوَامِ ، فمن ضَرُورَتِه إثْباتُه لِلْمَعْدُومِ .

فصل : وإذا أوْصَى لِحَمْلِ امْرَأةٍ ، فوَلَدَتْ ذَكَرًا وأُنْثَى ، فالوَصِيَّةُ لهما بالسَّوِيَّةِ ؛ لأنَّ ذلك عَطِيَّةٌ وهِبَةٌ ، فأشْبَهَ ما لو وَهَبَهُما شَيْئًا بعدَ وِلَادَتِهما . وإن فاضَلَ بينهما ، فهو على ما قال ، كالوَقْفِ . وإن قال : إن كان فى بَطْنِها غُلَامٌ فله دِينارانِ ، وإن كان فيه جارِيَةٌ فلها دِينارٌ . فوَلَدَتْ غُلَامًا وجارِيَةً ، فلكلِّ واحِدٍ منهما ما وَصَّى له به ؛ لأنَّ الشَّرْطَ وُجِدَ فيه . وإن وَلَدَتْ أحَدَهُما مُنْفَرِدًا ، فله وَصِيَّتُه . ولو قال : إن كان حَمْلُها ، أو إن كان ما فى بَطْنِها غُلَامًا ، فله دِينارَانِ ، وإن كانت جارِيَةً فلها دِينارٌ . فوَلَدَتْ أحَدَهُما مُنْفَرِدًا ، فله وَصِيَّتُه . وإن وَلَدَتْ غُلَامًا وجارِيَةً ، فلا شىءَ لهما ؛ لأنَّ

---

(10) سقط من : ا ، م .

أَحَدُهما ليس هو جَمِيعَ الحَمْلِ . ولا كلَّ ما فى البَطْنِ . وبهذا قال أصْحابُ الرَّأْيِ ، وأصْحابُ الشافِعِىِّ ، وأبو ثَوْرٍ .

فصل : وإن أَوْصَى بثَمَرَةِ شَجَرةٍ ، أو بُسْتَانٍ ، أو غَلَّةِ دارٍ ، أو خِدْمَةِ عَبْدٍ ، صَحَّ ، سواءٌ وَصَّى بذلك فى مُدّةٍ مَعْلُومةٍ ، أو بجَمِيعِ الثَّمرَةِ والمَنْفَعةِ فى الزَّمانِ كلِّه . هذا قولُ الجُمْهُورِ ، منهم ؛ مالِكٌ ، والثَّورِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وقال ابنُ أبى لَيْلَى : لا تَصِحُّ الوَصِيّةُ بالمَنْفَعةِ ؛ لأنَّها / مَعْدُومةٌ . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ تَمْلِيكُها بعَقْدِ المُعَاوَضةِ ، فتَصِحُّ الوَصِيّةُ بها ، كالأَعْيانِ . ويُعْتَبَرُ خُرُوجُ ذلك من ثُلُثِ المالِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى سُكْنَى الدارِ . وهو قولُ كلِّ من قال بصِحَّةِ الوَصِيَّةِ بها . فإن لم تَخْرُجْ من الثُّلُثِ ، أُجِيزَ منها بقَدْرِ الثُّلُثِ . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وقال مالِكٌ : إذا أوْصَى بخِدْمةِ عَبْدِه[11] سَنَةً ، فلم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ ، فالوَرَثةُ بالخِيَارِ بين تَسْلِيمِ خِدْمَتِه سَنَةً ، وبين تَسْلِيمِ ثُلُثِ المالِ . وقال أصحابُ الرأى ، وأبو ثَوْرٍ : إذا أوْصَى بخِدْمةِ عَبْدِه سَنَةً ، فإنَّ العَبْدَ يَخْدِمُ المُوصَى له يَوْمًا والوَرَثةَ يَوْمَيْنِ ، حتى يَسْتَكْمِلَ المُوصَى له سَنَةً ، فإن أرادَ الوَرَثةُ بَيْعَ العَبْدِ ، بِيعَ على هذا . ولَنا ، أنَّها وَصِيّةٌ صَحِيحةٌ ، فوَجَبَ تَنْفِيذُها على صِفَتِها إن خَرَجَتْ من الثُّلُثِ ، أو بِقَدْرِ ما يَخْرُجُ[12] من الثُّلُثِ منها ، كسائِرِ الوَصَايَا ، أو كالأَعْيانِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فمتى أُرِيدَ تَقْوِيمُها ، فإن كانت الوَصِيّةُ مُقَيَّدةً بمُدَّةٍ ، قُوِّمَ المُوصَى بمَنْفَعَتِه مَسْلُوبَ المَنْفَعةِ تلك المُدّةِ ، ثم تُقَوَّمُ المَنْفَعةُ فى تلك المُدَّةِ ، فيُنْظَرُ ؛ كم قِيمَتُها . وإن كانت الوَصِيّةُ مُطْلَقةً فى الزَّمانِ كلِّه ، فقد قيل : تُقَوَّمُ الرَّقَبةُ بمَنْفَعَتِها جَمِيعًا ، ويُعْتَبَرُ خُرُوجُها[13] من الثُّلُثِ ؛ لأنَّ عَبْدًا لا مَنْفَعَةَ له ، وشَجَرًا لا ثَمَرَ له ، لا قِيمَةَ له غالِبًا . وقيل : تُقَوَّمُ الرَّقَبةُ على الوَرَثةِ ، والمَنْفَعةُ على المُوصَى له . وصِفَةُ ذلك أن يُقَوَّمَ العَبْدُ

٦/٢٤ و

---

(١١) فى ا : « عبد » .

(١٢) فى الأصل : « خرج » .

(١٣) فى ا ، م : « خروجهما » .

بِمَنْفَعَتِه ، فإذا قيل : قِيمَتُه مائةٌ . قيل : كم قِيمَتُه لا مَنْفعةَ فيه ؟ فإذا قِيلَ : عَشَرَة . عَلِمْنا أنَّ قِيمَةَ المَنْفَعةِ تِسْعُونَ .

فصل : وإن أرادَ المُوصَى له إجَارَةَ العَبْدِ أو الدَّارِ ، فى المُدّةِ التى أُوْصَى له بنَفْعِها ، [14] جازَ . وبه قال [14] الشافِعِىُّ ، وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ إجارَةُ المَنْفَعةِ المُسْتَحَقَّةِ بالوَصِيَّةِ ؛ لأنّه إنَّما أُوْصَى له باسْتِيفَائِه . ولَنا ، أنَّها مَنْفعةٌ يَمْلِكُها مِلْكًا تامًّا ، فمَلَكَ أخْذَ العِوَضِ عنها بالأَعْيانِ ، كما لو مَلَكَها بالإِجَارَةِ . /وإن أرادَ المُوصَى له إخْرَاجَ العَبْدِ عن البَلَدِ ، فله ذلك . وبه قال أبو ثَوْرٍ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا يُخْرِجُه إلَّا أن يكونَ أهْلُه فى غيرِ البَلَدِ ، فيُخْرِجَه إلى أهْلِه . ولَنا ، أنَّه مالِكٌ لِنَفْعِه ، فمَلَكَ إخْرَاجَه ، كالمُسْتَأْجِرِ .

٦/٢٤ ظ

فصل : وإذا أُوْصَى له بثَمَرةِ شَجَرةٍ مُدَّةً ، أو بما يُثْمِرُ أبَدًا ، لم يَمْلِكْ واحدٌ من المُوصَى له والوارِثُ [15] إجْبارَ الآخَرِ على سَقْيِها ؛ لأنَّه لا يُجْبَرُ على سَقْيِ مِلْكِه ، ولا سَقْىِ مِلْكِ غيرِه . وإن أرادَ أحدُهُما سَقْيَها على وَجْهٍ لا يَضُرُّ بصاحِبه ، لم يَمْلِكِ الآخَرُ مَنْعَه . وإذا يَبِسَتِ الشَّجَرَةُ ، كان حَطَبُها لِلْوَارِثِ . وإن وَصَّى له بثَمَرَتِها سَنَةً بعَيْنِها ، فلم تَحْمِلْ تلك السَّنَةَ ، فلا شىءَ لِلْمُوصَى له . وإن قال : لك ثَمَرَتُها أوَّلَ عامٍ تُثْمِرُ . صَحَّ ، وله ثَمَرَتُها أوَّلَ عامٍ تُثْمِرُ . وكذلك إذا أُوْصَى له بما تَحْمِلُ جارِيَتُه أو شاتُه . وإن وَصَّى لِرَجُلٍ بشَجَرَةٍ ، ولآخَرَ بثَمَرَتِها ، صَحَّ ، وكان صاحِبُ الرَّقَبةِ قائمًا مَقامَ الوارِثِ ، وله مالَه . وإن وَصَّى له بلَبَنِ شاةٍ وصُوفِها ، صَحَّ ، كما تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بثَمَرةِ الشَّجَرةِ . وإن وَصَّى بلَبَنِها خاصّةً ، أو صُوفِها خاصّةً ، صَحَّ ، ويُقَوَّمُ المُوصَى به دُونَ العَيْنِ .

فصل : فأمَّا نَفَقةُ العَبْدِ المُوصَى بخِدْمَتِه ، وسائِرِ الحَيَواناتِ المُوصَى بنَفْعِها ،

(١٤ - ١٤) فى ا : « فله ذلك . وبهذا قال » .

(١٥) فى الأصل : « وللوارث » .

فيَحْتَمِلُ أن تَجِبَ على صاحِبِ الرَّقَبةِ . هذا الذى ذَكَرَه الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ مَذْهَبًا لأحمدَ ، وهو قولُ أبى ثورٍ ، وظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىّ ؛ لأنَّ النَّفَقةَ على الرَّقَبةِ ، فكانت على صاحِبِها ، كالعَبْدِ المُسْتأْجَرِ ، وكما لو لم يكُنْ له[16] مَنْفعةٌ . قال الشَّرِيفُ : ولأن الفِطْرَةَ تَلزمُه ، والفِطْرَةُ تَتْبَعُ النَّفَقةَ ، ووُجُوبُ التابعِ على إنْسانٍ دَلِيلٌ على وُجُوبِ المَتْبُوعِ عليه. ويَحْتَمِلُ أن يجبَ [17]على صاحبِ[17] المَنْفَعةِ. وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ، والإصْطَخْرِىّ[18] ، وهو أصَحُّ ، إن شاءَ اللهُ تعالى ؛ لأنَّه يَمْلِكُ نَفْعَه على التَّأْبِيدِ ، فكانت النَّفَقةُ عليه ، كالزَّوْجِ ، ولأنَّ نَفْعَه له ، فكان عليه ضُرُّه ، كالمالِكِ لهما جَمِيعًا ، يُحَقِّقُه أنَّ إيجابَ النَّفَقةِ على مَنْ لا نَفْعَ له ضَرَرٌ مُجَرَّدٌ ، فيَصِيرُ معنى الوَصِيَّةِ : أوْصَيْتُ / لك بنَفْعِ عَبْدِى ، وأبْقَيْتُ على وَرَثَتِى ضُرَّه . وإن وَصَّى بنَفْعِه لإنْسانٍ ، ولآخَرَ برَقَبَتِه ، كان مَعْناه : أوْصَيْتُ لهذا بنَفْعِه ، ولهذا بضُرِّه . والشَّرْعُ يَنْفِى هذا بقوله : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »[19] . ولذلك جَعَلَ الخَرَاجَ بالضَّمَانِ ، ليكونَ ضُرُّه على مَنْ له نَفْعُه . وفارَقَ المُسْتأْجَرَ ، فإنَّ نَفْعَه فى الحَقِيقةِ لِلْمُؤْجِرِ ؛ لأنَّه يأْخُذُ الأَجْرَ عِوَضًا عن مَنَافِعِه . وقيل : تَجِبُ نَفَقَتُه فى كَسْبِه . وهذا راجِعٌ إلى إيجَابِها على صاحِبِ المَنْفَعةِ ؛ لأنَّ كَسْبَه من مَنَافِعِه ، فإذا صُرِفَ فى نَفَقَتِه ، فقد صُرِفَتِ[20] المَنْفَعةُ المُوصَى بها إلى النَّفَقةِ ، فصارَ كما لو صُرِفَ إليه شىءٌ من مالِه سِوَاهُ .

٢٥/٦ و

فصل : وإذا أعْتَقَ الوَرَثَةُ العَبْدَ ، عَتَقَ ، ومَنْفَعَتُه باقِيَةٌ للمُوصَى له بها ، ولا يَرْجِعُ على المُعْتِقِ بشىءٍ . وإن أعْتَقَهُ صاحِبُ المَنْفَعةِ ، لم يَعْتِقْ ؛ لأنَّ العِتْقَ لِلرَّقَبةِ ، وهو لا يَمْلِكُها . وإن وَهَبَ صاحِبُ المَنْفَعةِ مَنافِعَه لِلْعَبْدِ ، وأسْقَطَها عنه ، فلِلْوَرَثةِ الانْتِفاعُ

---

(16) سقط من : م .

(17 - 17) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(18) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد الإصطخرى الشافعى ، قاضى قم ، وأحد الرفعاء من أصحاب الوجوه . توفى سنة ثلاث وعشرين وثلاثمائة ببغداد . طبقات الشافعية الكبرى ٣/٢٣٠ - ٢٥٣ .

(19) فى الأصل ، ا : « إضرار » . وتقدم تخريجه فى : ١٤٠/٤ .

(20) فى ا ، م : « صرف » .

به ؛ لأنَّ ما يُوهَبُ لِلْعَبْدِ يكونُ لِسَيِّدِه . وإن أرادَ صاحِبُ الرَّقَبةِ بَيْعَ العَبْدِ ، فله ذلك ، ويُبَاعُ مَسْلُوبَ المَنْفَعةِ ، ويَقُومُ المُشْتَرِى مَقَامَ البائعِ ، فيما لَه وعليه . وقيل : لا يجوزُ بَيْعُه [21]من مالِكِ مَنْفَعَتِه دون[22] غيره[21] ؛ لأنَّ ما لا مَنْفَعةَ فيه ، لا يَصِحُّ بَيْعُه ، كالحَشَراتِ والمَيْتاتِ . وقيل : يجوزُ بَيْعُه من مالِكِ مَنْفَعَتِه دُونَ غيرِه ؛ لأنَّ مالِكَ مَنْفَعَتِه يَجْتَمِعُ له الرَّقَبَةُ والمَنْفَعةُ ، فيَنْتَفِعُ بذلك ، بخِلَافِ غيره ، ولذلك جازَ بَيْعُ الثَّمَرةِ قبلَ بُدُوِّ صَلَاحِها لصاحِبِ الشَّجَرةِ دُونَ غيرِه ، وكذلك بَيْعُ الزَّرْعِ لصاحِبِ الأرْضِ . ولَنا ، أنَّه عَبْدٌ مَمْلُوكٌ ، تَصِحُّ الوَصِيّةُ به ، فصَحَّ بَيْعُه كغيرِه ، ولأنَّه يُمْكِنُه إعتاقُه وتَحْصِيلُ وَلائِه ، وجَرُّ وَلاءِ مَن يَنْجَرُّ وَلاؤُه بعِتْقِه ، بخِلَافِ الحَشَراتِ . وإن وَصَّى لِرَجُلٍ برَقَبةِ عَبْدٍ ، ولآخَرَ بنَفْعِه ، صَحَّ ، وقامَ / المُوصَى له بالرَّقَبةِ مَقامَ الوارِثِ فيما ذَكَرْنا . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ .

٢٥/٦ ظ

فصل : وإذا أوْصَى لِرَجُلٍ بمَنْفَعةِ أَمَتِه ، فأتَتْ بوَلَدٍ من زَوْجٍ أو زِنًى ، فهو مَمْلُوكٌ ، حُكْمُه حُكْمُ أُمِّه ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَتْبَعُ الأُمَّ فى حُكْمِها ، كوَلَدِ المُكَاتَبَةِ والمُدَبَّرةِ . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ لمالِكِ الرَّقَبةِ ؛ لأنَّ ذلك ليس من النَّفْعِ المُوصَى به . ولا هو من الرَّقَبةِ المُوصَى بنَفْعِها . وإن وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ ، وَجَبَ[23] المَهْرُ على الواطِئِ لصاحِبِ المَنْفعةِ عندَ أصْحابِنَا ، وعِنْدِى أنَّه لِصَاحِبِ الرَّقَبةِ ؛ لأنَّ مَنافِعَ البُضْعِ لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ بها مُنْفَرِدَةً[24] ، ولا مع غيرِها ، ولا يَجُوزُ نَقْلُها مُفْرَدَةً عن الرَّقَبةِ بغير التَّزْوِيجِ ، وإنَّما هى تابِعَةٌ للرَّقَبةِ ، فتكونُ لِصَاحِبِها ، ولا يَسْتَحِقُّ صاحِبُ المَنْفَعةِ أخْذَ بَدَلِها ، إن أتَتْ بوَلَدٍ ، فهو حُرٌّ ، وتَجِبُ قِيمَتُه يومَ وَضْعِه لِصَاحِبِ الرَّقَبةِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ ، يُشْتَرَى بها عَبْدٌ يَقُومُ مَقَامَه ، وليس لِلْوَارِثِ ولا لِصَاحِبِ المَنْفَعةِ ، وَطْؤُها ؛ لأنَّ صاحِبَ المَنْفَعةِ لا يَمْلِكُ رَقَبَتَها ، ولا هو زَوْجٌ لها ، ولا يُباحُ الوَطْءُ

(٢١ - ٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) فى ا : « ولا » .

(٢٣) فى م : « فأوجب » .

(٢٤) فى الأصل : « مفردة » .

بغيرِهِما ، لقولِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ ﴾[25] .
وصاحِبُ الرَّقَبةِ لا يَمْلِكُها مِلْكًا تامًّا ، ولا يَأْمَنُ أن تَحْبَلَ منه ، فربَّما أفْضَى إلى إهْلاكِها ، وأيُّهما وَطِئَها فلا حَدَّ عليه ؛ لأنَّه وَطْءٌ بشُبْهةٍ ؛ لِوُجودِ المِلْكِ لكلِّ واحدٍ منهما فيها ، ووَلَدُه حُرٌّ ؛ لأنه من[26] وَطْءِ شُبْهةٍ . فإن كان الواطِئُ مالِكَ المَنْفَعةِ ، لم تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُها ، وعليه قِيمَةُ وَلَدِها يومَ وَضْعِه ، وحُكْمُها على ما ذَكَرْنا فيما إذا وَطِئَها غيرُهما بشُبْهةٍ . وإن كان الواطِئُ مالِكَ الرَّقَبةِ ، صارتْ أُمَّ وَلَدٍ له ؛ لأنَّها عَلِقَتْ منه بحُرٍّ فى مِلْكِه ، وفى وُجُوبِ قِيمَتِه عليه الوَجْهانِ ، وأمَّا المَهْرُ ، فعِنْدِى أنَّه إنْ كان الواطِئُ [27] مالِكَ الرَّقَبَةِ[27] ، فلا مَهْرَ عليه ، وله المَهْرُ على صاحِبِ المَنْفَعةِ/ ، إذا كان هو الواطِئَ . وعند أصْحابِنا ، وأصْحابِ الشافِعِىِّ ، بعَكْسِ ذلك فيهما . وقد تَقَدَّمَ تَعْلِيلُ ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ الحَدُّ على صاحِبِ المَنْفَعةِ إذا وَطِئَ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إلَّا المَنْفَعةَ ، فلَزِمَهُ الحَدُّ ، كالمُسْتَأْجِرِ ، فعلى هذا يكون وَلَدُه مَمْلُوكًا .

٢٦/٦ و

فصل : وليس لواحدٍ منهما تَزْوِيجُها ؛ لأنَّ مالِكَ المَنْفَعةِ لا يَمْلِكُ رَقَبَتَها ، ومالِكَ الرَّقَبةِ لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَها ، لما فيه من ضَرَرِ صاحِبِ المَنْفَعةِ بتَزْوِيجِها . فإن طَلَبَتْ ذلك ، لَزِمَ تَزْوِيجُها ؛ لأنَّه لِحَقِّها ، وحَقُّها فى ذلك مُقَدَّمٌ عليهما[28] ، بدَلِيلِ أنَّها لو طَلَبَتْه من سَيِّدِها الذى يَمْلِكُ رَقَبَتَها ونَفْعَها ، أُجْبِرَ عليه ، وقُدِّمَ حَقُّها على حَقِّه . وكذلك إن اتَّفَقَا على تَزْوِيجِها قبلَ طَلَبِها ، جازَ ، ووَلِيها فى المَوْضِعَيْنِ مالِكُ رَقَبَتِها ؛ لأنَّه مالِكُها . والكَلَامُ فى مَهْرِها ووَلَدِها ، على ما تَقَدَّمَ فى الفَصْلِ الذى قبلَه .

فصل : وإن قُتِلَ العَبْدُ المُوصَى بنَفْعِه ، وَجَبَتْ قِيمَتُه ، يُشْتَرَى بها ما يَقُومُ مَقَامَ

---

(٢٥) سورة المؤمنون ٦ .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧ – ٢٧) فى م : « مالكا للرقبة » .

(٢٨) فى ا ، م : « عليها » .

المُوصَى به ؛ لأنَّ كلَّ حَقٍّ تَعلَّقَ بالعَيْنِ تَعلَّقَ ببَدَلِها ، إذا لم يَبْطُلْ سَبَبُ اسْتِحْقاقِها . ويُفارِقُ الزَّوْجةَ والعَيْنَ المُستَأْجَرَةَ ؛ لأنَّ سَبَبَ الاسْتِحْقاقِ يَبْطُلُ بتَلَفِهما ، ويَحْتَمِلُ أن تَجِبَ القِيمَةُ لِلْوارِثِ ، أو مالِكِ الرَّقَبةِ ، وتَبْطُلَ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ القِيمَةَ بَدَلُ الرَّقَبةِ ، فتكونُ لِصَاحِبِها ، وتَبْطُلُ الوَصِيَّةُ بالمَنْفَعةِ ، كما تَبْطُلُ الإجَارَةُ[٢٩] .

فصل : وإذا أوْصَى لِرَجُلٍ بحَبِّ زَرْعِه ، ولآخَرَ بتِبْنِه ، صَحَّ ، والنَّفَقةُ بينهما ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما تَعَلَّقَ حَقُّه بالزَّرْعِ . فإن امْتَنَعَ أحَدُهُما من الإنْفاقِ ، فهما بمَنْزِلَةِ الشَّرِيكَيْنِ في أصْلِ الزَّرْعِ إذا امْتَنَعَ أحَدُهُما من سَقْيِه والإنْفاقِ عليه ، فيُخَرَّجُ في ذلك وَجْهانِ ؛ أحَدُهُما ، يُجْبَرُ على الإنْفاقِ عليه . هذا قول أبي بكرٍ ؛ لأنَّ في تَرْكِ الإنْفاقِ ضَرَرًا عليهما ، وإضَاعةً للمالِ[٣٠] ، وقد قال النبيُّ ﷺ : « لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ »[٣١] . ونَهَى عن إضَاعةِ المالِ[٣٢] . والوَجْهُ الآخَرُ ، لا يُجْبَرُ ؛ لأنَّه لا يُجْبَرُ على الإنْفاقِ على مالِ نَفسِه ، ولا مالِ غيرِه ، إذا كان كلُّ واحدٍ منهما مُنْفَرِدًا ، فكذلك إذا اجْتَمَعا . وأصْلُ الوَجْهَيْنِ إذا استَهْدَمَ الحائطُ المُشْتَرَكُ ، فدَعَا أحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الآخَرَ إلى مُبانَاتِه ، فامْتَنَعَ . ويَنْبَغِي أن تكونَ النَّفَقةُ بينهما على قَدْرِ قِيمَةِ حَقِّ كلِّ واحدٍ منهما ، كما لو كانا مُشْتَرِكَيْنِ في أصْلِ الزَّرْعِ .

فصل : وإن أوْصَى لرجلٍ[٣٣] بخَاتَمٍ ، ولآخَرَ بفَصِّه ، صَحَّ ، وليس لواحدٍ منهما الانْتِفاعُ به إلَّا بإذْنِ صاحبِه ، وأيُّهما طَلَبَ قَلْعَ الفَصِّ من الخاتَمِ أُجِيبَ إليه ، وأُجبِرَ الآخَرُ عليه . وإن اتَّفَقا على بَيْعِه ، أو اصْطَلَحا على لُبْسِه ، جازَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما لا يَعْدُوهُما .

---

(٢٩) في م : « بالإجارة » .

(٣٠) في ا ، ب ، م : « المال » .

(٣١) في الأصل ، ا : « إضرار » . وتقدم في المسألة نفسها .

(٣٢) تقدم تخريجه في : ٥١٦/٦ .

(٣٣) في م : « له » .

فصل : وإن أَوْصَى لِرَجُلٍ بدينارٍ من غَلَّةِ دارِه ، وغَلَّتُها دِينَارانِ ، صَحَّ . فإن أرَادَ الوَرَثةُ بَيْعَ نِصفِها وتَرْكَ النِّصْفِ الذى أَجْرُه دِينَارٌ ، فله مَنْعُهُم منه ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَنْقُصَ أجْرُه عن الدِّينارِ . وإن كانت الدَّارُ لا تَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، فلهم بَيْعُ ما زادَ عليه ، وعليهم تَرْكُ الثُّلُثِ . فإن كانتْ غَلَّتُه دِينَارًا ، أو أقَلَّ ، فهو لِلْمُوصَى له ، وإن كانت أكْثَرَ ، فله دِينارٌ ، والباقِى لِلْوَرَثةِ .

فصل : وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ بما لا يَقْدِرُ على تَسْلِيمِه ، كالعَبْدِ الآبِقِ ، والجَمَلِ الشَّارِدِ ، والطَّيْرِ فى الهَواءِ ، والسَّمَكِ فى الماءِ ؛ لأنَّ الوَصيَّةَ إذا صَحَّتْ بالمَعْدُومِ فبذلك أَوْلَى . ولأنَّ الوَصِيَّةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيراثِ ، وهذا يُورَثُ ، فيُوصَى به ؛ فإن قَدَرَ عليه أخَذَه ، وسَلَّمَه إذا خَرَجَ من الثُّلُثِ ، ولِلْوَصِىِّ السَّعْىُ فى تَحصِيلِه ، فإن قَدَرَ عليه أخَذَه إذا خَرَجَ من الثُّلُثِ .

٩٦٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا أَوْصَى بجَارِيَةٍ لِبِشْرٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بِهَا لِبَكْرٍ ، فَهِىَ بَيْنَهُما**)

وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّه إذا أَوْصَى لِرَجُلٍ بمُعَيَّنٍ من مالِه ، ثم وَصَّى به لآخَرَ ، أو وَصَّى له بثُلُثِه ، ثم وَصَّى لآخَرَ بثُلُثِه ، أو وَصَّى بجَمِيعِ مالِه لِرَجُلٍ ، ثم وَصَّى به لآخَرَ ، /فهو بينهما . ولا يكونُ ذلك رُجُوعًا فى الوَصِيَّةِ الأُولَى . وبهذا قال رَبِيعَةُ ، ومالِكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال جابِرُ بن زَيْدٍ ، والحَسَنُ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، ودَاوُدُ : وَصِيَّتُه للآخِرِ منهما ؛ لأنَّه وَصَّى للثانِى بما وَصَّى به للأَوَّلِ ، فكان رُجُوعًا ، كما لو قال : ما وَصَّيْتُ به لِبِشْرٍ فهو لِبَكْرٍ . ولأنَّ الثانية تُنافِى الأُولَى ، فإذا أَتَى بها كان رُجُوعًا ، كما لو قال : هذا لِوَرَثَتِى . ولَنا ، أنَّه وَصَّى لهما بها ، فاسْتَوَيا فيها ، كما لو قال لهما : وَصَّيْتُ لكما بالجارِيَةِ . وما قَاسُوا عليه صَرَّحَ فيه بالرُّجُوعِ عن وَصِيَّتِه لِبِشْرٍ ، وفى مَسْأَلَتِنا يَحْتَمِلُ أنَّه قَصَدَ التَّشْرِيكَ ، فلم تَبْطُلْ وَصِيَّةُ الآخَر بالشَّكِّ .

٢٧/٦ و

فصل : وإن وَصَّى بعَبْدٍ لِرَجُلٍ ، ثم وَصَّى لآخَرَ بثُلُثِه ، فهو بينهما أرْباعًا . وعلى

قول الآخرِينَ ، يَنْبَغِي أن يكونَ للثانِي ثُلُثُه كامِلًا . وإن وَصَّى بِعَبْدِه لِاثْنَيْنِ ، فَرَدَّ أَحَدُهُما وَصِيَّتَه ، فللآخَرِ نِصْفُه . وإن وَصَّى لِاثْنَيْنِ بثُلُثَيْ مالِه ، فَرَدَّ الوَرَثَةُ ذلك ، ورَدَّ أحَدُ الوَصِيَّيْنِ وَصِيَّتَه ، فللآخَرِ الثُّلُثُ كامِلًا ؛ لأنَّه وَصَّى له به مُنْفَرِدًا ، وزالَتِ المُزَاحَمَةُ ، فكَمُلَ له ، كما لو انْفَرَدَ به .

فصل : إذا أقَرَّ الوارِثُ أن أَباهُ وَصَّى بالثُّلُثِ لِبِشْرٍ ، وأقامَ آخَرُ شاهِدَيْنِ أنَّه وَصَّى له بالثُّلُثِ ، فرَدَّ الوارِثُ الوَصِيَّتَيْنِ ، وكان الوارِثُ رَجُلًا عاقِلًا عَدْلًا ، وشَهِدَ بالوَصِيَّةِ ، حَلَفَ معه المُوصَى له ، واشْتَرَكا فى الثُّلُثِ . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ . وهو قِيَاسُ قولِ الشافِعِيِّ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : لا يُشارِكُه المُقَرُّ له . بِنَاءً منهم على أنَّ الشاهِدَ واليَمِينَ ليس بحُجَّةٍ شَرْعِيَّةٍ . وقد ثَبَتَ أنَّ النبيَّ ﷺ قَضَى بشاهِدٍ ويَمِينٍ . رَوَاه مُسْلِمٌ[1] . وإن كان المُقِرُّ ليس بعَدْلٍ ، أو كان امْرَأةً ، فالثُّلُثُ لمن ثَبَتَتْ له البَيِّنةُ ؛ لأنَّ وَصِيَّتَه ثابِتَةٌ ، ولم تَثْبُتْ وَصِيَّةُ الآخَرِ ، وإن لم يكُنْ لواحِدٍ منهما بَيِّنةٌ ، / فأقَرَّ الوارِثُ أنَّه أقَرَّ لِفُلانٍ بالثُّلُثِ ، أو بهذا العَبْدِ ، وأقَرَّ لِفُلانٍ به بكَلامٍ مُتَّصِلٍ ، فالمُقَرُّ به بينهما . وبهذا قال أبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا . وإن أقَرَّ به لواحِدٍ ، ثم أقَرَّ به لآخَرَ فى مَجْلِسٍ آخَرَ ، لم يُقْبَلْ إقْرارُه ؛ لأنَّه ثَبَتَ[2] للأوَّلِ بإقْرارِه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه فيما يَنْقُصُ به حَقُّ الأوَّلِ ، إلَّا أن يكونَ عَدْلًا ، فيَشْهَدَ بذلك ، ويَحْلِفَ معه المُقَرُّ له ، فيُشَارِكَه ، كما لو ثَبَتَ للأوَّلِ[3] بِبَيِّنةٍ[4] . وإن أقَرَّ للثانِى فى المَجْلِسِ بكَلامٍ

٢٧/٦ ظ

---

(١) فى : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٣٧/٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب القضاء باليمين والشاهد ، من كتاب الأقضية . سنن أبى داود ٢٧٧/٢ . وابن ماجه ، فى : باب القضاء بالشاهد واليمين ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٩٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٤٨/١ ، ٣١٥ ، ٣٢٣ .

(٢) فى م : « يثبت » .

(٣) فى الأصل ، ا : « الأول » .

(٤) فى م : « بينة » .

مُتَّصِلٍ[٥] ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنَّ حَقَّ الأوَّلِ ثَبَتَ فى الجَمِيعِ ، فأشْبَه ما لو أقَرَّ له فى مَجْلِسٍ آخَرَ . والثانى ، يُقْبَلُ ؛ لأن المَجْلِسَ الواحِدَ كالحالِ الواحِدَةِ ، فإن الخِرَقِيَّ قال : وإذا خَلَّفَ ابْنًا وأَلْفَ دِرْهَمٍ ، فأقَرَّ بها لِرَجُلٍ ، ثم أقَرَّ بألْفٍ لآخَرَ ، فإن كان فى مَجْلِسٍ واحِدٍ ، فالألْفُ بينهما ، وإن كان فى مَجْلِسَيْنِ ، فهى للأوَّلِ ، ولا شَىْءَ للثانى . والأوَّلُ أقْيَسُ ؛ لأنَّ حَقَّ الأوَّلِ ثَبَتَ فى الثُّلُثِ كامِلًا ، لإقْرَارِه به[٦] مُنْفَرِدًا ، فأشْبَه ما لو كان فى مَجْلِسَيْنِ ، وكما لو أقَرَّ بدَرَاهِمَ ، ثم سَكَتَ ، ثم قال : زُيُوفًا ، أو صِغَارًا ، أو إلى شَهْرٍ . أو كما لو اسْتَثْنَى ممَّا أقَرَّ به بكَلَامٍ مُنْفَصِلٍ فى المَجْلِسِ .

٩٦٨ ـ مسألة ؛ (وإنْ قَالَ : مَا أَوْصَيْتُ به لِبِشْرٍ فَهُوَ لِبَكْرٍ . كَانَتْ لِبَكْرٍ)

هذا قولُهم جَمِيعًا . وبه قال الشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وهو أيضًا على مذهبِ الحَسَنِ ، وعَطَاءٍ ، وطَاوُسٍ . ولا نَعْلَمُ فيه مُخالِفًا ؛ لأنَّه صَرَّحَ بالرُّجُوعِ عن الأوَّلِ بِذِكْرِه أنَّ ما أَوْصَى به مَرْدُودٌ إلى الثانى ، فأشْبَهَ ما لو قال : رَجَعْتُ عن وَصِيَّتِى لِبِشْرٍ وأوْصَيْتُ بها لِبَكْرٍ . بخِلَافِ ما [١]إذا وَصَّى[١] بشىءٍ واحِدٍ لِرَجُلَيْنِ ، أحَدِهما بعدَ الآخَرِ ، فإنَّه يَحْتَمِلُ أنَّه قَصَدَ التَّشْرِيكَ بينهما ، وقد ثَبَتَتْ وَصِيَّةُ الأوَّلِ يَقِينًا ، فلا تَزُولُ بالشَّكِّ .

فصل : وإن قال : ما أَوْصَيْتُ به لِفُلانٍ ، فَنِصْفُه لِفُلانٍ ، أو ثُلُثُه . كان رُجُوعًا فى القَدْرِ الذى وَصَّى به للثانى خاصَّةً ، وباقِيه للأوَّلِ .

---

(٥) فى الأصل : « منفصل » .

(٦) فى الأصل : « له » .

(١ - ١) فى م : « أوصى » .

فصل : وأَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ على أن للمُوصِى أن يَرْجِعَ فى جَميعِ ما أَوْصَى به ، وفى بعضِه ، إلَّا الوَصِيّةَ / بالإِعْتاقِ . والأكْثَرُونَ على جَوازِ الرُّجُوعِ فى الوَصِيَّةِ به أيضًا . ٢٨/٦ و
رُوِى عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : يُغَيِّرُ الرَّجُلُ ما شاءَ من وَصِيَّتِه . وبه قال عَطَاءٌ ، وجابِرُ بن زَيْدٍ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتَادةُ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال الشَّعْبِىُّ ، وابنُ سِيرِينَ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والنَّخَعِىُّ : يُغَيِّرُ منها ما شاءَ إلَّا العِتْقَ ؛ لأنَّه إعْتاقٌ بعدَ المَوْتِ ، فلم يَمْلِكْ تَغْيِيرَه ، كالتَّدْبيرِ . ولَنا ، أنَّها وَصِيّةٌ ، فمَلَكَ الرُّجُوعَ عنها ، كغيرِ العِتْقِ ، ولأنَّها عَطِيّةٌ تَنْجُزُ بالمَوْتِ ، فجازَ له الرُّجُوعُ عنها قبلَ تَنْجِيزِها ، كهِبَةٍ ما يَفْتَقِرُ إلى القَبْضِ قبل قَبْضِه[٢] ، وفارَقَ التَّدْبيرَ ، فإنَّه تَعْلِيقٌ على شَرْطٍ ، فلم يَمْلِكْ تَغْيِيرَهُ ، كتَعْلِيقِه على صِفَةٍ فى الحَياةِ .

فصل : ويَحْصُلُ الرُّجُوعُ بقَوْلِه : رَجَعْتُ فى وَصيَّتِى . أو أبْطَلْتُها ، أو غَيَّرْتُها . أو ما أَوْصَيْتُ به لِفُلانٍ فهو لِفُلانٍ . أو فهو لِوَرَثَتِى . أو فى مِيرَاثِى . وإن أكَلَه ، أو أطْعَمَه ، أو أتْلَفَه ، أو وَهَبَه ، أو تَصَدَّقَ به ، أو باعَه ، أو كان ثَوْبًا غير مُفَصَّلٍ ففَصَّلَهُ ولَبِسَه ، أو جارِيةً فأحْبَلَها ، أو ما أشْبَه هذا ، فهو رُجُوعٌ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كُلُّ مَن أحْفَظُ عنه من أهْلِ العِلْمِ ، أنَّه إذا أَوْصَى لِرَجُلٍ بطَعَامٍ فأكَلَه ، أو بشىءٍ فأتْلَفَه ، أو تَصَدَّقَ به ، أو وَهَبَه ، أو بجارِيةٍ فأحْبَلَها ، أو أوْلَدَها ، أنَّه يكونُ رُجُوعًا . وحُكِىَ عن أصْحابِ الرَّأْى ، أنَّ بَيْعَه ليس بِرُجُوعٍ ؛ لأنَّه أخَذَ بَدَلَه ، بخِلَافِ الهِبَةِ . ولَنا ، أنَّه أزَالَ مِلْكَه عنه ، فكان رُجُوعًا ، كالو وَهَبَه . وإن عَرَضَه على البَيْعِ ، أو وَصَّى بِبَيْعِه ، أو أوْجَبَ الهِبَةَ فلم يَقْبَلْها المَوْهُوبُ له ، أو كاتَبَهُ ، أو وَصَّى بإعْتاقِه ، أو دَبَّرَهُ ، كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه يَدُلُّ على اخْتِيارِه لِلرُّجُوعِ بعَرْضِه على البَيْعِ ، وإيجابِه لِلْهِبَةِ ، ووَصِيَّتِه بِبَيْعِه أو إعْتاقِه ، لكَوْنِه وَصَّى بما يُنَافِى الوَصِيّةَ الأُولَى ، والكِتَابَةُ بَيْعٌ ، والتَّدْبِيرُ أقْوَى من الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّه يَنْجُزُ بالمَوْتِ ، فيَسْبِقُ أخْذَ المُوصَى له . وإن رَهَنَه ، كان

---

(٢) فى الأصل : « تقبيضه » .

رُجُوعًا ؛ لأنَّه عَلَّقَ / به حقًّا يَجُوزُ بَيْعُه ، فكان أعْظَمَ من عَرْضِه على البَيْعِ . وفيه وَجْهٌ ٦/٢٨ ظ
آخَرُ ، أنَّه ليس برُجُوعٍ . وهو وَجْهٌ لأصْحابِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه لا يُزِيلُ المِلْكَ ، فأشْبَه
إجَارَتَه ، وكذلك الحُكْمُ فى الكِتَابةِ .

فصل : وإن وَصَّى بحَبٍّ ثم طَحَنَه ، أو بِدَقِيقٍ فعَجَنَه ، أو بعَجِينٍ فخَبَزَه ، أو بِخُبْزٍ
فَفَتَّه ، أو جعَلَه فَتِيتًا . كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه أزَالَ اسْمَه وعَرَّضَه للاسْتِعْمالِ ، فدَلَّ على
رُجُوعِه . وبهذا قال الشافِعِىُّ . وإن وَصَّى بِكَتَّانٍ أو قُطْنٍ فغَزَلَهُ ، أو بغَزْلٍ فنَسَجَه ،
أو بِثَوْبٍ فقَطَعَه ، أو بنُقْرَةٍ فضَرَبَها ، أو شاةٍ فَذَبَحَها ، كان رُجُوعًا . وبهذا قال
أصحابُ الرَّأْىِ ، والشافِعِىُّ فى ظاهِرِ مَذْهَبِه . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ أنَّه ليس برُجُوعٍ .
وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه لا يُزِيلُ الاسْمَ . ولَنا ، أنَّه عَرَّضَه للاسْتِعْمالِ ، فكان رُجُوعًا ،
كالتى قبلها . ولا يَصِحُّ قولُه : إنَّه لا يُزِيلُ الاسْمَ . فإنَّ الثَّوْبَ لا يُسَمَّى غَزْلًا ، والغَزْلَ
لا يُسَمَّى كَتَّانًا .

فصل : وإن وَصَّى بشىءٍ مُعَيَّنٍ ، ثم خَلَطَه بغيرِه على وَجْهٍ لا يَتَمَيَّزُ منه ، كان
رُجُوعًا ؛ لأنَّه يَتعَذَّرُ بذلك تَسْلِيمُه ، فيَدُلُّ على رُجُوعِه . فإن خَلَطَه بما يَتَمَيَّزُ منه ،
لم يكُنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّه يُمْكِنُ تَسْلِيمُه . وإن وَصَّى بقَفِيزِ قَمْحٍ من صُبْرَةٍ ، ثم خَلَطَها
بغيرِها ، لم يكُنْ رُجوعًا ، سواءٌ خَلَطَها بمِثْلِها ، أو بِخَيْرٍ منها ، أو دُونَها ؛ لأنَّه كان
مُشاعًا وبَقِىَ مُشاعًا . وقيل : إن خَلَطَه بخَيْرٍ منه ، كان رُجُوعًا ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُه تَسْلِيمُ
المُوصَى به[٣] إلَّا بتَسْلِيمِ خَيْرٍ منه ، ولا يَجِبُ على الوارِثِ تَسْلِيمُ خَيْرٍ منه ، فصارَ
مُتَعَذِّرَ التَّسْلِيمِ ، بخِلَافِ ما إذا خَلَطَه بمِثْلِه أو دُونَه .

فصل : وإذا حَدَثَ بالمُوصَى به ما يُزِيلُ اسْمَه ، من غيرِ فِعْلِ المُوصِى ، مثل أن
سَقَطَ الحَبُّ فى الأرْضِ فصارَ زَرْعًا ، أو انْهَدَمَتِ الدّارُ فصارَتْ فَضَاءً ، فى حَياةِ
المُوصِى ، بَطَلَتِ الوَصِيّةُ بها ؛ لأنَّ الباقِىَ لا يَتَنَاوَلُه الاسْمُ . وإن كان انْهِدَامُ الدَّارِ

---

(٣) فى الأصل : « منه » .

٢٩/٦ و لا يُزِيلُ اسْمَها ، سُلِّمَتْ إليه دون ما انْفَصَلَ منها ؛ لأنَّ / الاسْمَ حين الاسْتِحْقاقِ يَقَعُ على المُتَّصِلِ دون المُنْفَصِلِ . ويَتْبَعُ الدَّارَ فى الوَصِيَّةِ ما يَتْبَعُها فى البَيْعِ .

فصل : وإن جَحَدَ الوَصِيَّةَ ، لم يكُنْ رُجُوعًا ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، فى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . ولأنَّه عَقْدٌ ، فلا يَبْطُلُ بالجُحُودِ ، كسائِرِ العُقُودِ . والثانى ، يكونُ رُجُوعًا ؛ لأنَّه يَدُلُّ على أنَّه لا يُرِيدُ إيصالَه إلى المُوصَى له . وإن غَسَلَ الثَّوبَ ، أو لَبِسَه ، أو جَصَّصَ الدّارَ ، أو سَكَنَها ، أو أجَرَ الأمَةَ ، أو زَوَّجَها ، أو عَلَّمَها ، أو وَطِئَها ، لم يكُنْ رُجُوعًا ؛ لأنَّ ذلك لا يُزِيلُ المِلْكَ ولا الاسْمَ ، ولا يَدُلُّ على الرُّجُوعِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ وَطْءَ الأَمَةِ رُجُوعٌ ؛ لأنَّه يُعَرِّضُها لِلْخُرُوجِ عن جَوَازِ النَّقْلِ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّه انْتِفاعٌ لا يُزِيلُ المِلْكَ فى الحالِ ، ولا يُفْضِى إليه يَقِينًا ، فأشْبَهَ لُبْسَ الثَّوْبِ ، فإنَّه ربما أتْلَفَه ، وليس بِرُجُوعٍ .

فصل : نَقَلَ الحَسَنُ بن ثَوَابٍ ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ قال : هذا ثُلُثِى لِفُلَانٍ ، ويُعْطَى فُلَانٌ منه مائةً فى كلِّ شَهْرٍ إلى أن يَمُوتَ . فهو للآخِرِ منهما ، ويُعْطَى هذا مائةً فى كلِّ شَهْرٍ ، فإن ماتَ وفَضَلَ شىءٌ ، رُدَّ إلى صاحِبِ الثُّلُثِ . فحَكَمَ بِصِحَّةِ الوَصِيَّةِ وإنْفاذِها ، على ما أَمَرَ به المُوصِى .

٩٦٩ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَتَبَ وَصِيَّةً ، وَلَمْ يُشْهِدْ فِيهَا ، حُكِمَ بِهَا ، مَا لَمْ يُعْلَمْ رُجُوعُهُ عَنْهَا)

نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى رِوَايةِ إسْحاق بن إبراهيمَ ، فقال : مَنْ ماتَ ، فوُجِدَتْ وَصِيَّتُه مَكْتُوبةً عندَ رَأْسِه ، و لم يُشْهِدْ فيها ، وعُرِفَ خَطُّه ، وكان مَشْهُورَ الخَطِّ ، يُقْبَلُ ما فيها . ورُوِى عن أحمدَ أنَّه لا يُقْبَلُ الخَطُّ فى الوَصِيَّةِ ، ولا يُشْهِدُ على الوَصِيَّةِ المَخْتُومةِ حتى يَسْمَعَها الشُّهُودُ منه ، أو تُقْرَأَ عليه ، فيُقِرَّ بما فيها . وبهذا قال[1]

---

(١) سقط من : ا ، م .

الحَسَنُ ، وأبو قِلَابَةَ ، والشافِعِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يجوزُ بِرُؤْيَةِ خَطِّ الشاهِدِ بالشَّهَادَةِ بالإِجْماعِ ، فكذا هٰهُنا ، وأَبْلَغُ من هذا / أنَّ الحاكِمَ لو رَأَى حُكْمَه بخَطِّه تَحْتَه[٢] خَتْمُه ، ولم يَذْكُرْ أنه حَكَمَ به ، أو رَأَى الشاهِدُ شَهَادَتَه بخَطِّه ، ولم يَذْكُرِ الشَّهَادَةَ ، لم يَجُزْ لِلْحاكِمِ إنْفاذُ الحُكْمِ بما وَجَدَه ، ولا لِلشَّاهِدِ الشَّهَادَةُ بما رَأَى خَطَّه به ، فهٰهُنا أَوْلَى . وقد نَصَّ أحمدُ على هذا فى الشَّهادَةِ . ووَجْهُ قولِ الخِرَقِىِّ ، قولُ النبىِّ ﷺ : « مَا حَقُّ[٣] امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، لَهُ شَىْءٌ يُوصِى فِيهِ ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ ، إلَّا وَوَصِيَّته مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ »[٤] . ولم يَذْكُرْ شَهادةً[٥] . وما ذَكَرْناه فى الفَصْلِ[٦] الذى يَلِى هذا ، ولأنَّ الوَصِيَّةَ يُتَسامَحُ فيها ، ولهذا صَحَّ تَعْلِيقُها على الخَطَرِ والغَرَرِ ، وصَحَّتْ لِلْحَمْلِ ، وبه[٧] ، وبما لا يُقْدَرُ على تَسْلِيمِه ، وبالمَعْدُومِ والمَجْهُولِ ، فجازَ أن يُتَسامَحَ فيها بِقَبُولِ الخَطِّ ، كرِوَايةِ الحَدِيثِ .

٢٩/٦ ظ

فصل : وإن كَتَبَ وَصِيَّتَه ، وقال : اشْهَدُوا علىَّ بما فى هذه الوَرَقَةِ . أو قال : هذه وَصِيَّتِى ، فاشْهَدُوا علىَّ بها . فقد حُكِىَ عن أحمدَ ، أنَّ الرَّجُلَ إذا كَتَبَ وَصِيَّتَه ، وخَتَمَ عليها ، وقال للشُّهُودِ : اشْهَدُوا عَلَىَّ بما فى هذا الكِتَابِ . لا يجوزُ حتى يَسْمَعُوا منه ما فيه ، أو يُقْرَأَ عليه فيُقِرَّ بما فيه . وهو قولُ مَنْ سَمَّيْنا فى المَسْأَلةِ الأُولَى . ويَحْتَمِلُ كَلَامُ الخِرَقِىِّ جَوازَه ؛ لأنَّه إذا قُبِلَ خَطُّه المُجَرَّدُ ، فهذا أَوْلَى . ومِمَّن قال ذلك عبدُ المَلِكِ ابن يَعْلَى[٨] ، ومَكْحُولٌ ، ونُمَيْرُ بن إبراهيمَ[٩] ، ومالِكٌ ، واللَّيْثُ ، والأَوْزاعِىُّ ،

---

(٢) فى الأصل ، ا : « تحت » .

(٣) فى م : « من » .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٩ .

(٥) فى ا ، ب ، م : « شهادته » .

(٦) فى ا ، م زيادة : « الأول » .

(٧) سقطت الواو من : م .

(٨) عبد الملك بن يعلى الليثى ، قاضى البصرة ، روى عن النبى ﷺ مرسلا ، وعن عمران بن حصين ، ثقة ، توفى سنة مائة . تهذيب التهذيب ٦/٤٢٩ .

(٩) لم نجد نمير بن إبراهيم . ولعل المقصود نمير بن أوس الأشعرى ، قاضى دمشق ، معاصر مكحول . انظر : أخبار القضاة لوكيع ٣/٢٠٤ – ٢٠٦ . الإكمال ٧/٣٦٣ .

ومحمدُ بن مَسْلَمةَ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وإسحاقُ . واحْتَجَّ أبو عُبَيْدٍ بكُتُبِ رسولِ اللهِ ﷺ إلى عُمَّالِه وأُمَرائِه ، فى أمْرِ وِلَايَتِه وأحْكامِه وسُنَنِه[10] ، ثم ما عَمِلَتْ به الخُلَفاءُ الراشِدُونَ المَهْدِيُّونَ بعدَه من كُتُبِهم إلى وُلَاتِهم ، بالأحْكامِ التى فيها الدِّمَاءُ والفُرُوجُ والأمْوالُ ، يَبْعَثُونَ بها مَخْتُومةً ، لا يَعْلَمُ حامِلُها ما فيها ، وأمْضَوْهَا على وُجُوهِها ، وذَكَرَ اسْتِخْلَافَ سليمانَ بن عبد المَلِكِ عمرَ بن عبد العَزِيزِ ، بكِتَابٍ كَتَبَه ، وخَتَمَ عليه ، ولا نَعْلَمُ أحدًا أنْكَرَ ذلك مع شُهْرَتِه وانْتِشارِه / فى عُلَماءِ العَصْرِ ، فكان إجماعًا . ٣٠/٦ و

ووَجْهُ الأوَّلِ أنَّه كِتَابٌ لا يَعْلَمُ الشَّاهِدُ ما فيه ، فلم يَجُزْ أن يَشْهَدَ عليه ، ككِتابِ القاضى إلى القاضى ، فأمَّا ما ثَبَتَ من الوَصِيَّةِ ، بشَهَادَةٍ أو إقْرارِ الوَرَثةِ به ، فإنَّه يَثْبُتُ حُكْمُه ويُعْمَلُ به ، ما لم يُعْلَمْ رُجُوعُه عنه ، وإن طالَتْ مُدَّتُه ، وتَغَيَّرتْ أحْوالُ المُوصى به ، مثل أن يُوصِىَ فى مَرَضٍ فيَبْرَأ منه ، ثم يَمُوتَ بعدُ أو يُقْتَلَ ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاؤُه ، فلا يَزُولُ حُكْمُه بمُجَرَّدِ الاحْتِمالِ والشَّكِّ ، كسائِرِ الأحْكامِ .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يَكْتُبَ المُوصِى وَصِيَّتَه ، ويُشْهِدَ عليها ؛ لأنَّه أحْفَظُ لها . وأحْوَطُ لما فيها . وقد صَحَّ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، لَهُ شَىْءٌ يُوصِى فِيهِ ، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ ، إلَّا ووَصِيَّتُه مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ »[11] . ورُوِى عن أنسٍ ، أنَّه قال :

---

(١٠) انظر ما أخرجه البخارى ، فى : باب ما يذكر فى المناولة وكتاب أهل العلم ... ، من كتاب العلم ، وفى : باب دعوة اليهودى والنصرانى ... ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب اتخاذ الخاتم ليختم به ... ، من كتاب اللباس ، وفى : باب كتاب الحاكم ... ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١/٢٥ ، ٢٦ ، ٤/٥٤ ، ٧/٢٠٣ ، ٩/٩٣ ، ٩٤ . ومسلم ، فى : باب القسامة ، من كتاب القسامة ، وفى : باب اتخاذ النبى ﷺ خاتما ... ، من كتاب اللباس . صحيح مسلم ٣/١٢٩٤ ، ١٦٥٧ . وأبو داود ، فى : باب القتل بالقسامة ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢/٤٨٤ ، ٤٨٥ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القسامة ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ٦/١٩٢ ، ١٩٣ . والنسائى ، فى : باب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل فيه ، من كتاب القسامة ، وفى : باب صفة خاتم النبى ﷺ ، من كتاب الزينة . المجتبى ٨/٧ ، ٨ ، ١٥١ ، ١٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب القسامة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٦٨ ، ١٦٩ ، ١٨٠ ، ١٨١ ، ٢٢٣ ، ٢٧٥ ، ٤/٣ .

(١١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٩ .

كانوا يَكْتُبُونَ فى صُدُورِ وَصَايَاهُم : بسم ٱللهِ الرحمن الرحيم . هذا ما أَوْصَى به فلانٌ ، أنَّه يَشْهَدُ أن لا إله إلَّا اللهُ ، وَحْدَه لا شَرِيكَ له ، وأن محمدًا عبدُه ورَسُولُه ، وأنَّ الساعةَ آتِيةٌ لا رَيْبَ فيها ، وأنَّ اللهَ يَبْعَثُ مَنْ فى القُبُورِ ، وأَوْصَى من تَرَكَ من أَهْلِه أن يَتَّقُوا اللهَ ، ويُصْلِحُوا ذاتَ بَيْنِهم ، ويُطِيعُوا اللهَ ورَسُولَه إن كانوا مُؤْمِنِينَ ، وأَوْصَاهُم بما أَوْصَى به إبْرَاهِيمُ بَنِيه ويَعْقُوبَ : ﴿ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللهَ ٱصْطَفَى لَكُمُ ٱلدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾[١٢] . أخْرَجَهُ سَعِيدٌ[١٣] ، عن فُضَيْلِ بن عِيَاضٍ ، عن هِشَامِ بن حَسَّانٍ ، عن ابنِ سِيرِينَ ، عن أنَسٍ . ورُوِىَ عن ابْنِ مَسْعُودٍ ، أنَّه كَتَبَ [١٤]فى وَصِيَّتِهِ[١٤] : بسم اللهِ الرحمن الرحيم . هذا ذِكْرُ ما أَوْصَى به عبدُ اللهِ بن مَسْعُودٍ ، إن حَدَثَ بى حادِثُ المَوْتِ من مَرَضِى هذا ، أنَّ مَرْجِعَ وَصِيَّتِى إلى اللهِ تعالَى[١٥] ، ثم إلى الزُّبَيْرِ بن العَوَّامِ ، وابنِه عبد الله ، وأنَّهما فى حِلٍّ وبَلٍّ فيما وَلِيَا وقَضَيَا ، وأنه لا تُزَوَّجُ امْرَأَةٌ من بَنَاتِ عبدِ الله إلَّا بإذْنِهِما[١٦] . / ورَوَى ابنُ عبد البَرِّ قال : كان فى وَصِيَّةِ أبى الدَّرْدَاءِ : بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أَوْصَى به أبو الدَّرْدَاءِ ، أنَّه يَشْهَدُ أن لا إلٰه إلا اللهُ وَحْدَه لا شَرِيكَ له ، وأنَّ محمدًا عبدُه ورَسُولُه ، وأنَّ الجَنَّةَ حَقٌّ ، وأنَّ النارَ حَقٌّ ، وأنَّ اللهَ يَبْعَثُ مَنْ فى القُبُورِ ، وأنَّه يُؤْمِنُ باللهِ ويَكْفُرُ بالطَّاغُوتِ ، على ذلك يَحْيَا ويَمُوتُ ، إن شاءَ اللهُ ، وأَوْصَى فيما رَزَقَه اللهُ تعالى ، بكذا وكذا ، وأن هذه وَصِيَّته إن لم يُغَيِّرْها .

٦/٣٠ ظ

٩٧٠ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَا أعْطَى فِى مَرَضِهِ الَّذى مَاتَ فِيهِ ، فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ)

وجملةُ ذلك أنَّ التَّبَرُّعاتِ المُنْجزَةَ ، كالعِتْقِ ، والمُحَاباةِ ، والهِبَةِ المَقْبُوضَةِ ،

---

(١٢) سورة البقرة ١٣٢

(١٣) وأخرجه الدارمى ، فى : باب ما يستحب بالوصية من التشهد والكلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٤٠٤/٢ . وعبد الرزاق ، فى : باب كيف تكتب الوصية ، من كتاب الوصايا . المصنف ٥٣/٩ .

(١٤ ـ ١٤) سقط من : م .

(١٥) فى ا ، م زيادة : « وإلى رسوله » .

(١٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ ، ٢٨٣ .

والصَّدَقةِ ، والوَقْفِ ، والإبراءِ من الدَّيْنِ ، والعَفْوِ عن الجِنَايةِ المُوجِبَةِ للمالِ ، إذا كانتِ فى الصِّحَّةِ فهى من رَأْسِ المالِ . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلَافًا . وإن كانت فى مَرَضٍ مَخُوفٍ اتَّصلَ به المَوْتُ ، فهى من ثُلُثِ المالِ ، فى قولِ جُمْهُورِ العُلَماءِ . وحُكِىَ عن أهْلِ الظَّاهِرِ فى الهِبَةِ المَقْبُوضةِ أنَّها من رَأْسِ المالِ . وليس بِصَحِيحٍ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرةَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إنَّ اللهَ تَصدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفاتِكُمْ بثُلُثِ أمْوالِكُم ، زِيَادةً لَكُمْ فِى أعْمالِكُمْ » . رَوَاه ابنُ ماجَه[1] . وهذا يَدُلُّ بمَفْهُومِه على أنَّه ليس له أكْثَرُ من الثُّلُثِ . ورَوَى عِمْرانُ بن حُصَيْنٍ ، أنَّ رَجُلًا من الأنْصارِ أعْتَقَ سِتَّةَ أعْبُدٍ له فى مَرَضِه ، لا مالَ له غيرُهم ، فاسْتَدْعاهُم رسولُ اللهِ ﷺ ، فجَزَّأهُم ثَلَاثةَ أجْزَاء ، وأقْرَعَ بينهم ، فأعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وأرَقَّ أرْبَعةً . [2]رَواهُ مُسْلِمٌ[2] . وإذا لم يَنْفُذِ العِتْقُ مع سِرَايَتِه ، فغيرُه أوْلَى . ولأنَّ هذه الحالَ الظاهِرُ منها المَوْتُ ، فكانت عَطِيَّتُهُ[3] فيها فى حَقِّ وَرَثَتِه لا تَتَجاوَزُ الثُّلُثَ ، كالوَصِيَّةِ .

فصل : وحُكْمُ العَطَايَا فى مَرَضِ المَوْتِ المَخُوفِ ، حُكْمُ الوَصِيَّةِ فى خَمْسَةِ أشْياء ؛ أحدها ، أنَّه[4] يَقِفُ نُفُوذُها على خُرُوجِها من الثُّلُثِ أو إجَازةِ[5] الوَرَثَةِ . / الثانى ، أنَّها لا تَصِحُّ لِوَارِثٍ إلَّا بإجَازَةِ بَقِيَّةِ الوَرَثةِ . الثالث ، أن فَضِيلَتَها ناقِصَةٌ عن فَضِيلَةِ الصَّدَقةِ فى الصِّحَّةِ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ سُئِلَ عن أفْضَلِ الصَّدَقةِ قال : « أنْ تَصدَّقَ وأنْتَ صَحِيحٌ شَحِيحٌ ، تَأْمُلُ الغِنَى وتَخْشَى الفَقْرَ ولا تُمْهِلْ حَتَّى إذا بَلَغَتِ الحُلْقُومَ قُلْتَ لِفُلانٍ كذا ، ولِفُلانٍ كذا ، وقَدْ كَانَ لِفُلانٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[6] . ولَفْظُه : قال رَجُلٌ :

٣١/٦ و

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٢ .

(٢ – ٢) سقط من : ا ، وفى م : « متفق عليه » . وتقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٥ .

(٣) فى ا ، م : « عطية » .

(٤) فى م : « أن » .

(٥) فى ا ، م : « وإجازة » .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب أى الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب الصدقة عند الموت ، من كتاب الوصايا . صحيح البخارى ١٣٦/٢ ، ١٣٧ ، ٥/٤ . ومسلم ، فى : باب بيان أفضل الصدقة صدقة =

يا رسولَ الله: أيُّ الصَّدَقةِ أفْضَلُ؟ (٧قال: «أنْ تَصَدَّقَ وأنتَ صَحِيحٌ حَرِيصٌ»(٧). الرابع، أنَّه يُزاحِمُ بها الوَصَايَا في الثُّلُثِ. الخامس، أنَّ خُرُوجَها من الثُّلُثِ مُعْتَبَرٌ حالَ المَوْتِ، لا قَبْلَه ولا بَعْدَه. ويُفارِقُ الوَصِيَّةَ في سِتَّةِ أشْياء؛ أحدها، أنَّها لازِمَةٌ في حَقِّ المُعْطِي ليس له الرُّجوعُ فيها. وإن كَثُرَتْ، لأنَّ المَنْعَ (٨من الزِّيادةِ على الثُّلُثِ٨) إنَّما كان لِحَقِّ الوَرَثةِ، لا لِحَقِّه، فلم يَمْلِكْ إجازَتَها ولا رَدَّها، وإنما كان له الرُّجُوعُ في الوَصِيَّةِ؛ لأنَّ التَّبرُّعَ بها مَشْرُوطٌ بالمَوْتِ(٩)، ففيما قبلَ المَوْتِ لم يُوجَد التَّبرُّعُ ولا العَطِيَّةُ، بخِلَافِ العَطِيّةِ في المَرَضِ، فإنَّه قد وُجِدَتِ العَطِيّةُ منه، والقَبُولُ من المُعْطِي، والقَبْضُ، فلَزِمَتْ كالوَصِيّةِ إذا قُبِلَتْ بعدَ المَوتِ وقُبِضَتْ. الثاني، أنَّ قَبُولَها على الفَوْرِ في حال(١٠) حَياةِ المُعْطِي وكذلك رَدُّها، والوَصَايَا لا حُكْمَ لِقَبُولِها ولا رَدِّها إلَّا بعد المَوْتِ؛ لما ذَكَرْنا من أنَّ العَطِيّةَ تَصَرُّفٌ في الحالِ، فتُعْتَبَرُ شُرُوطُه وَقْتَ وُجُودِه، والوَصِيّةُ تَبَرُّعٌ بعدَ المَوْتِ، فتُعْتَبَرُ شُرُوطُه بعدَ المَوْتِ. الثالث، أنَّ العَطِيَّةَ تَفْتَقِرُ إلى شُرُوطِها المَشْرُوطَةِ لها في الصِّحَّةِ؛ من العِلْمِ، وكَوْنِها لا يَصِحُّ تَعْلِيقُها على شَرْطٍ وغَرَرٍ في غير العِتْقِ، والوَصِيّةُ بخِلَافِه. الرابع، أنَّها تُقَدَّمُ على الوَصِيَّةِ، وهذا قول الشافِعِيِّ، وجُمْهُورِ العُلَماءِ. وبه قال أبو حنيفةَ،

= الصحيح الشحيح، من كتاب الزكاة. صحيح مسلم ٢ / ٧١٦.
كما أخرجه أبو داود، في: باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية، من كتاب الوصايا. سنن أبي داود ١٠٢/٢. والنسائي، في: باب أي الصدقة أفضل، من كتاب الزكاة. المجتبى ٥١/٥. وابن ماجه، في: باب النهي عن الإمساك في الحياة والتبذير عند الموت، من كتاب الوصايا. سنن ابن ماجه ٩٠٣/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٢٣١/٢، ٢٥٠، ٤١٥، ٤٤٧.

(٧ - ٧) سقط من: م.

(٨ - ٨) في م: «على الزيادة من الثلث».

(٩) تكرر في م قوله: «فلم يملك إجازتها ولا ردها وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع مشروط بالموت».

(١٠) سقط من: الأصل، ا.

وأبو يوسفَ ، وزُفَرُ ، إلَّا فى العِتْقِ ، فإنَّه حُكِىَ عنهم تَقْدِيمُه ، لأنَّ العِتقَ يَتعَلَّقُ به حَقُّ اللهِ تعالى ، ويَسْرِى وَقْفُه[11] ، ويَنْفُذُ / فى مِلْكِ الغَيْرِ ، فيَجِبُ تَقْدِيمُهُ . ولَنا ، أنَّ العَطِيَّةَ لازِمةٌ فى حَقِّ المَرِيضِ ، فقُدِّمَتْ على الوَصِيَّةِ ، كعَطِيَّةِ الصِّحَّةِ ،[12] ولأنَّها عَطِيَّةٌ بثَمَرَةٍ ، فقُدِّمَتْ على العِتْقِ ، كعَطِيَّةِ الصَّدَقةِ[12] ، وكما لو تَساوَى الحَقَّانِ . الخامس ، أنَّ العَطايَا إذا عَجَزَ الثُّلُثُ[13] عن جَمِيعِها ، بُدِئَ بالأَوَّلِ فالأَوَّلِ ، سواءٌ كان الأوَّلُ عِتْقًا[14] أو غيرَه . وبهذا قال الشافِعِىُّ ، وقال أبو حنيفةَ : الجَمِيعُ سواءٌ إذا كانت من جِنْسٍ واحدٍ ، وإن كانت من أجْناسٍ ، وكانت المُحاباةُ مُتَقَدِّمةً قُدِّمَتْ ، وإن تأَخَّرَتْ سُوِّىَ بينها وبين العِتْقِ ، وإنَّما كان كذلك ، لأنَّ المُحاباةَ حَقُّ آدَمِىٍّ على وَجْهِ المُعاوَضةِ ، فقُدِّمَتْ إذا تقَدَّمَتْ ، كقَضاءِ الدَّيْنِ ، وإذا تَساوَى جِنْسُها سُوِّىَ بينها ؛ لأنَّها عَطايَا من جِنْسٍ واحدٍ ، تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ ، فسُوِّىَ بينها ، كالوَصِيَّةِ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يُقَدَّمُ العِتْقُ ، تَقَدَّمَ أو تأَخَّرَ . ولَنا ، أنَّهما عَطِيَّتان مُنْجَزَتانِ ، فكانت أُولَاهُما أَوْلَى ، كما لو كانت الأُولَى مُحاباةً عندَ أبى حَنِيفةَ ، أو عِتْقًا عند صاحِبَيْه . ولأنَّ العَطِيَّةَ المُنْجزَةَ لازِمَةٌ فى حَقِّ المُعْطِى ، فإذا كانت خارِجَةً من الثُّلُثِ ، لَزِمَتْ فى حَقِّ الوَرَثةِ ، فلو شارَكَتْها الثانِيةُ ، لمَنَعَ ذلك لُزُومَها فى حَقِّ المُعطِى ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الرُّجُوعَ عن بَعْضِها بعَطِيَّةٍ أُخْرَى ، بخِلافِ الوَصايَا ، فإنَّها غيرُ لازِمَةٍ فى حَقِّه ، وإنما تَلْزَمُ بالمَوْتِ فى حالٍ واحدةٍ ، فاسْتَوَيا لِاسْتِوائِهما فى حال لُزُومِهما ، بخِلافِ المُنْجزَتَيْنِ . وما قاله فى المُحاباةِ غيرُ صَحِيحٍ ، فإنَّها بمَنْزِلَةِ الهِبَةِ ، ولو كانت بمَنْزِلَةِ المُعاوَضةِ أو الدَّيْنِ لَما كانت من الثُّلُثِ . فأمَّا إن وَقَعَتْ دُفْعَةً واحِدَةً ، كأنْ[15] وكَّلَ جَماعَةً فى هذه التَّبرُّعاتِ ، فأَوْقَعُوها دُفْعَةً واحِدَةً ، فإن كانت كلها عِتْقًا أقْرَعْنا

٣١/٦ ظ

---

(١١) فى الأصل ، ا : « واقفه » .

(١٢ – ١٢) سقط من : م .

(١٣) فى م : « العتق » .

(١٤) فى م : « عتيقا » .

(١٥) فى الأصل ، ا : « كأنه » .

بينهم[16] ، فَكَمَّلْنا العِتْقَ كلَّه فى بَعْضِهِم ، وإن كانت كلُّها من غيرِ العِتْقِ ، قَسَمْنا الثُّلُثَ بينهم على قَدْرِ عَطَايَاهُم ، لأنَّهم[17] تَسَاوَوْا فى الاسْتِحْقاقِ ، فقُسِمَ بينهم على قَدْرِ حُقُوقِهِم ، كغُرَماءِ المُفْلِسِ . وإنما خُولِفَ هذا الأَصْلُ فى العِتْقِ ، لِحَدِيثِ عِمْرانَ ابن حُصَيْنٍ[18] / ، ولأنَّ القَصْدَ بالعِتْقِ تكْمِيلُ[19] الأَحْكَامِ ، ولا تَكْمُلُ الأَحْكَامُ إلا بتَكْمِيلِ العِتْقِ ، بخِلَافِ غيرِه ، ولأنَّ فى قِسْمةِ العِتْقِ عليهم إضْرَارًا بالوَرَثةِ والمَيِّتِ والعَبِيدِ ، على ما يُذْكَرُ فى مَوْضِعِه . وإن وَقَعَتْ دُفْعةً واحِدَةً ، وفيها عِتْقٌ وغيرُه ، ففيه رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ، أن يُقَدَّمَ العِتْقُ لِتَأَكُّدِه[20] . والثانية ، يُسَوَّى بين الكُلِّ ؛ لأنَّها حُقُوقٌ تَسَاوَتْ فى اسْتِحْقاقِها ، فتَسَاوَتْ فى تَنْفِيذِها ، كما لو كانتْ من جِنْسٍ واحِدٍ ، وذلك لأنَّ اسْتِحْقاقَها حَصَلَ فى حالةٍ[21] واحدةٍ . السادس ، أنَّ الواهِبَ إذا ماتَ قبل تَقْبِيضِه[22] الهِبَةَ المُنْجَزَةَ ، كانت الخِيَرَةُ لِلْوَرَثةِ ، إن شاءُوا قَبَّضُوا ، وإن شاءُوا مَنَعُوا ، والوَصِيَّةُ تَلْزَمُ بالقَبُولِ بعدَ المَوْتِ بغيرِ رِضَاهُم .

٣٢/٦ و

فصل : إذا قال المَرِيضُ : إذا أَعْتَقْتُ سَعْدًا ، فسَعِيدٌ حُرٌّ . ثم أَعْتَقَ سَعْدًا ، عَتَقَ سَعِيدٌ أيضا إن خَرَجَا من الثُّلُثِ ، وإن لم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا أحدُهما عَتَقَ سَعْدٌ وَحْدَه ، ولم يُقْرَعْ بينهما لِوَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ سَعْدًا سَبَقَ بالعِتْقِ . والثانى ، أنَّ عِتْقَه شَرْطٌ لِعِتْقِ سَعِيدٍ ، فلو رَقَّ بعضُه لَفَاتَ إعْتاقُ سعيدٍ أيضا لِفَواتِ شَرْطِه ، وإن بَقِىَ من الثُّلُثِ ما يَعْتِقُ به بعضُ سَعِيدٍ ، عَتَقَ تَمامُ الثُّلُثِ منه . وإن قال : إن أَعْتَقْتُ سَعْدًا فسَعِيدٌ وعَمْرٌو حُرَّانِ . ثم أعتَقَ سَعْدًا ، ولم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا أحدُهم ، عَتَقَ سَعْدٌ وحدَه ؛ لما ذَكَرْنا ،

---

(١٦) فى ا ، م : « بينهما » .

(١٧) فى م : « لأنها » .

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٥ .

(١٩) فى ا ، م : « يكمل » .

(٢٠) فى ا ، م : « لتأكيده » .

(٢١) فى الأصل : « حال » .

(٢٢) فى ا : « تقبيض » .

وإن خَرَجَ من الثُّلُثِ اثْنانِ ، أو واحدٌ وبعضُ آخر ، عَتَقَ سَعْدٌ ، وأُقْرِعَ بين سَعِيدٍ وعَمْرٍو فيما بَقِىَ من الثُّلُثِ ؛ لأنَّ عِتْقَهُما فى حالٍ واحِدَةٍ ، وليس عِتْقُ أحَدِهما شَرْطًا فى عِتْقِ الآخرِ . ولو خَرَجَ من الثُّلُثِ اثْنانِ وبعضُ الثالِثِ ، أقْرَعْنا بينهما ، لِتَكْمِيلِ الحُرِّيّةِ فِى أحَدِهِما ، وحُصُولِ التَّشْقِيصِ فى الآخر . وإن قال : إن أعْتَقْتُ سَعْدًا فسَعِيدٌ حُرٌّ ، أو فسَعِيدٌ وعَمْرٌو حُرَّانِ فى حال إعْتاقِى سَعْدًا . فالحُكْمُ سواءٌ لا يَخْتَلِفُ ؛ لأنَّ عِتْقَ سَعْدٍ شَرْطٌ لِعِتْقِهِما ، فلو رَقَّ بعضُه لَفاتَ شَرْطُ عِتْقِهِما ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه . وإن كان الشَّرْطُ فى الصِّحّةِ والإِعْتاقُ فى المَرَضِ ، فالحُكْمُ على ما ذَكَرْنا .

٦/٣٢ ظ

فصل : وإن قال : إن تَزَوَّجْتُ فَعَبْدِى / حُرٌّ . فتَزَوَّجَ فى مَرَضِه بأكْثَرَ من مَهْرِ المِثْلِ ، فالزِّيادةُ مُحاباةٌ مُعْتَبَرةٌ من الثُّلُثِ . وإن لم تَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا المُحاباةُ أو العَبْدُ ، فالمُحاباةُ أوْلَى ؛ لأنَّها وَجَبَتْ قبل العِتْقِ ، لِكَوْنِ التَّزْوِيجِ شَرْطًا فى عِتْقِه ، فقد سَبَقَتْ عِتْقَه . ويَحْتَمِلُ أن يَتَساوَيَا ؛ لأن التَّزْوِيجَ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المُحاباةِ ، وشَرْطٌ لِلْعِتْقِ ، فلا يَسْبِقُ وُجُودُ أحَدِهِما صاحِبَه ، فيَكُونانِ سَواءً . ثم هل يُقَدَّمُ العِتْقُ على المُحاباةِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وهذا فيما إذا ثَبَتَتِ المُحاباةُ بأن لا تَرِثَ المَرْأةُ الزَّوْجَ ؛ إمَّا لِوُجُودِ مانِعٍ من الإِرْثِ ، أو لِمُفارَقَتِه إيَّاها فى حَيَاتِه ، إمَّا بمَوْتِها أو طَلَاقِها أو نحوه . فأما إن وَرِثَتْه ، تَبَيَّنَّا أنَّها غيرُ ثابِتَةٍ لها إلَّا بإجازَةِ الوَرَثةِ ، فيَنْبَغِى أن يُقَدَّمَ العِتْقُ عليها ؛ لأنَّه لازِمٌ غيرُ مَوْقُوفٍ على الإِجازةِ ، فيكون مُتَقَدِّمًا . وإن قال : أنتَ حُرٌّ فى حال تَزْوِيجِى . فتَزَوَّجَ وأصْدَقَ أكْثَرَ من مَهْرِ المِثْلِ ، فعلى القولِ الأوَّلِ يَتساوَيانِ ؛ لأنَّ التَّزْوِيجَ جُعِلَ حالَةً(٢٣) لإِيقاعِ العِتْقِ ، كما فى عِتْقِ سَعْدٍ وسَعِيدٍ ، وبُطْلانُ المُحاباةِ لا يُبْطِلُ التَّزْوِيجَ ولا يُؤَثِّرُ فيه . وعلى الاحْتِمالِ الذى ذَكَرْتُه ، يكون العِتْقُ سابِقًا ، لأنَّ المُحاباةَ إنَّما ثَبَتَتْ بِتَمامِ التَّزْوِيجِ ، والعِتْقُ قبلَ تَمامِه ، فيكونُ سابِقًا على المُحاباةِ ، فيَتَقَدَّمُ لهذا المَعْنَى ، سِيَّما إذا تأكَّدَ بِقُوَّتِه وكَوْنِه لغيرِ وارِثٍ .

---

(٢٣) فى م : « جعالة » .

فصل : إذا أعْتَقَ المَرِيضُ شِقْصًا من عَبْدٍ ، ثم أعْتَقَ شِقْصًا من آخَرَ ، ولم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا العَبْدُ الأوَّل ، عَتَقَ وحدَه ؛ لأنَّه يَعْتِقُ حين يَلْفِظُ[24] بإعْتاقِ شِقْصِه . وإن خَرَجَ الأوَّلُ وبعضُ الثانى ، عَتَقَ ذلك . وإن أعْتَقَ الشِّقْصَيْنِ دُفْعةً واحدةً ، فلم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا الشِّقْصانِ ، عَتَقا ورَقَّ باقِى العَبْدَيْنِ . وإن لم يَخْرُجْ إلَّا أحَدُهما أُقْرِعَ بينهما . وإن[25] عَتَقَ الشِّقْصانِ وباقِى أحدِ العَبْدَيْنِ ففيه وَجْهانِ : أحدهما ، يُكْمَلُ العِتْقُ من أحَدِهما بالقُرْعَةِ بينهما ، كما لو أعْتَقَ العَبْدَيْنِ فلم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا أحَدُهما . والثانى ، يُقَسِّمُ ما بَقِىَ من الثُّلُثِ بينهما بغيرِ قُرْعَةٍ ، لأنَّه أوْقَعَ عِتْقًا مُشَقَّصًا فلم يُكْمِلْه ، بخِلَافِ ما إذا أعْتَقَ العَبْدَيْنِ ، ولهذا إذا لم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا الشِّقْصانِ أعْتَقْناهُما ، ولم يُقْرَعْ بينهما ، ولم يُكْمِلْهُ من/أحَدِهما . ولو أوْصَى بإعْتاقِ النَّصِيبَيْنِ ، وأن يُكْمَلَ[26] عِتقُهما من ثُلثِه ، ولم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ إلَّا النَّصِيبانِ وقِيمَةُ باقِى أحَدِهما ، أقْرَعْنا بينهما ، فمَن خَرَجَتْ قُرْعَتُه كَمُلَ العِتْقُ فيه ، لأنَّ المُوصِىَ أوْصَى بتَكْمِيلِ العِتْقِ ، فجَرَى مَجْرَى إعْتاقِهما ، بخِلَافِ التى قَبْلَها .

٦/٣٣ و

فصل : وإذا مَلَكَ المَرِيضُ مَن يَعْتِقُ عليه بغيرِ عِوَضٍ ، كالهِبَةِ والمِيراثِ ، عَتَقَ ، ووَرِثَ المَرِيضَ إذا ماتَ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأكْثَرُ أصْحابِ الشافِعِىِّ . وقال بعضُهم : يَعْتِقُ ، ولا يَرِثُ ؛ لأنَّ عِتْقَه وَصِيَّةٌ ، فلا يَجْتَمِعُ[27] مع المِيراثِ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لو كان وَصِيَّةً لَاعْتُبِرَ من الثُّلُثِ ، كما لو اشْتَراهُ . وجَعَلَ أهْلُ العِراقِ عِتْقَ المَوْهُوبِ[28] وَصِيَّةً ، يُعْتَبَرُ خُرُوجُه من الثُّلُثِ ، فإن خَرَجَ من الثُّلُثِ عَتَقَ ووَرِثَ ، وإن لم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ سَعَى[29] فى قِيمَةِ باقِيه ، ولم يَرِثْ فى قولِ أبى حنيفةَ ، وقال

---

(٢٤) فى الأصل ، ا : « يلفظه » .

(٢٥) فى الأصل ، م زيادة : « خرج » .

(٢٦) فى ا ، م : « يكمله » .

(٢٧) فى ا : « يجمع » .

(٢٨) فى ا ، م : « المرهون » .

(٢٩) فى م : « يسعى » .

أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يُحْتَسَبُ بقِيمَتِه من مِيرَاثِه ، فإن فَضَلَ من قِيمَتِه شيءٌ سَعَى فيه .
ولَنا ، أنَّ الوَصِيَّةَ هي التَّبَرُّعُ بمَالِه بعَطِيَّةٍ إو إتْلَافٍ ، أو التَّسَبُّبُ إلى ذلك ، و لم يُوجَدْ واحدٌ منهما ؛ لأنَّ العِتْقَ ليس من فِعْلِه ، ولا يَقِفُ على اخْتِيارِه ، وقَبُولُ الهِبَةِ ليس بعَطِيَّةٍ ، ولا إتْلَافٍ لِمَالِه ، وإنَّما هو تَحْصِيلُ شيءٍ يَتْلَفُ بتَحْصِيلِه ، فأشْبَهَ قَبُولَه لشيءٍ لا يُمْكِنُه حِفْظُه ، أو لما يَتْلَفُ بِبقائِه ، في وَقْتٍ لا يُمْكِنُه التَّصَرُّفُ فيه ، وفارَقَ الشِّرَاءَ ؛ فإنَّه تَضْيِيعٌ لِمَالِه في ثَمَنِه . وقال القاضى : هذا الذى ذَكَرْناه قياسُ قولِ أحمدَ ؛ لأنَّه قال في مَوَاضِعَ : إذا وَقَفَ في مَرَضِه على وَرَثَتِه صَحَّ ، لم يكُنْ وَصِيَّةً ؛ لأنَّ الوَقْفَ ليس بمالٍ ؛ لأنَّه لا يُبَاعُ ولا يُورَثُ . قال الْخَبْرِىُّ : هذا قولُ أحمدَ وابنِ الماجِشُون وأهْلِ البَصْرَةِ ، و لم يَذْكُرْ فيه عن أحمدَ خِلَافًا . فأمَّا إن اشْتَرَى مَن يَعْتِقُ عليه ، فقال القاضى : إن حَمَلَه الثُّلُثُ عَتَقَ وَوَرِثَه . وهذا قولُ مالِكٍ وأبى حنيفةَ . وإن لم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ عَتَقَ منه بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، ويَرِثُ بقَدْرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ ، وباقِيه على الرِّقِّ ، فإن كان الوارِثُ مِمَّنْ يَعْتِقُ عليه إذا مَلَكَه ، عَتَقَ / عليه إذا وَرِثَه . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : لا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ، ويُحْتَسَبُ بقِيمَتِه من مِيرَاثِه ، فإن فَضَلَ من قِيمَتِه شيءٌ سَعَى فيه . وقال بعضُ أصْحابِ مالِكٍ : يَعْتِقُ من رَأْسِ المالِ ، ويَرِثُ كالمَوْهُوبِ والمَوْرُوثِ . وهو قِيَاسُ قَوْلِه ، لِكَوْنه لم يَجْعَلِ الوَقْفَ وَصِيَّةً وإجازَةً لِلْوَارِثِ ، فهذا أَوْلَى ؛ لأنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ رَقَبَتَهُ ، فيُجْعَلُ ذلك وَصِيَّةً له[30] ، ولا يَجُوزُ أن يُجْعَلَ الثَّمَنُ وَصِيَّةً له ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إليه ، ولا وَصِيَّةً للبائِعِ ؛ لأنَّه قد عاوَضَ عنه ، وإنَّما هو كبِنَاءِ مَسْجِدٍ وقَنْطَرَةٍ ، في أنَّه ليس بوَصِيَّةٍ لمن يَنْتَفِعُ به ، فلا يَمْنَعُهُ ذلك المِيرَاثَ . واخْتلَفَ أصْحابُ الشافِعِىِّ في قِيَاسِ قولِه ، فقال بعضُهم : إذا حَمَلَه الثُّلُثُ عَتَقَ وورِثَ ؛ لأنَّ عِتْقَه ليس بوَصِيَّةٍ له ، على ما ذَكَرْنا . وقيل : يَعْتِقُ ولا يَرِثُ ؛ لأنَّه لو وَرِثَ لَصارتْ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ ، فتَبْطُلُ وَصِيَّتُه ، ويَبْطُلُ عِتْقُه وإرْثُه ، فيُفْضِى تَوْرِيثُه إلى إبْطالِ تَوْرِيثِه ، فكان إبْطالُ تَوْرِيثِه أَوْلَى . وقيل على مَذْهَبِه : شِرَاؤُه باطِلٌ ؛ لأنَّ ثَمَنَه وَصِيَّةٌ ، والوَصِيَّةُ تَقِفُ على

٦/٣٣ ظ

(٣٠) سقط من : م .

خُرُوجِها من الثُّلُثِ ، أو إجَازَةِ الوَرَثةِ ، والبَيْعُ عنده لا يَجُوزُ أن يكونَ مَوْقُوفًا .

ومن مَسَائِلِ ذلك : مَرِيضٌ وُهِبَ له ابْنُه ، فقَبِلَه ، وقِيمَتُه مائة ، وخَلَّفَ مائتَى دِرْهَمٍ وابْنًا آخَرَ ، فإنَّه يَعْتِقُ ، وله مائةٌ ولأَخِيه مائةٌ . وهذا قولُ مالِكٍ ، وأبى حنيفةَ ، والشافِعِىِّ . وقيل ، على قولِ الشافِعِىِّ : لا يَرِثُ ، والمائتانِ كلُّها للابْنِ الحُرِّ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَرِثُ نِصفَ نَفْسِه ، ونِصْفَ المائتَيْنِ ، ويَحْتَسِبُ بقِيمَةِ نِصْفِه[31] الباق[32] من مِيرَاثِه . وإن كان قِيمَتُه مائتَيْنِ ، وبَقِيَّةُ التَّرِكَةِ مائةً ، عَتَقَ من رَأْسِ المالِ ، والمائةُ بينه وبين أخِيه . وبهذا قال مالِكٌ ، والشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفة : يَعْتِقُ منه نِصْفُه ، لأنَّه قَدْرُ ثُلُثِ التَّرِكَةِ ، ويَسْعَى فى قِيمَةِ باقِيه ، ولا يَرِثُ ؛ لأنَّ المُسْتَسْعَى عنده كالعَبْدِ لا يَرِثُ إلَّا فى أَرْبَعةِ مَوَاضِع : الرَّجُلُ يَعْتِقُ أمَتَه على أن تتَزَوَّجَهُ . والمَرْأةُ تَعْتِقُ عَبْدَها على أن يَتَزَوَّجها ، فيأْبَيانِ ذلك . / والعَبْدُ المَوْهوبُ[33] يَعْتِقُه سَيِّدُه . والمُشْتَرِى ٣٤/٦ و لِلْعَبْدِ يَعْتِقُه قبلَ قَبْضِه وهما مُعْسِرَانِ . ففى هذه المَواضِعِ يَسْعَى كلُّ واحدٍ فى قِيمَتِه ، وهو حُرٌّ يَرِثُ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَرِثُ نِصفَ التَّرِكَةِ ، وذلك ثَلَاثةُ أرْباعِ رَقَبَتِه ، ويَسْعَى فى رُبْعِ قِيمَتِه لأَخِيه . وإن وُهِبَ له ثَلَاثُ أخَواتٍ مُتَفَرِّقاتٌ ، لا مالَ له سِوَاهُنَّ ، ولا وارِثَ ، عَتَقْنَ[34] من رَأْسِ المالِ . وهذا قولُ مالِكٍ . وإن كان اشْتَراهُنَّ فكذلك ، فيما ذَكَرَه الْخَبْرِىُّ عن أحمدَ . وهو قولُ ابن الماجِشُون ، وأهْلِ البَصْرَةِ ، وبعضِ أصْحابِ مالِكٍ . وعلى قولِ القاضى ، يَعْتِقُ ثُلُثُهُنَّ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ . وهو قولُ مالِكٍ ، وفى الآخَرِ يَعْتِقْنَ كُلُّهُنَّ ؛ لكَوْنِ وَصِيَّةِ مَنْ لا وارِثَ له جائِزَةً فى جَمِيعِ مالِه ، فى أصحِّ الرِّوَايَتَيْنِ . وإن تَرَكَ مالًا يَخْرُجْنَ من ثُلُثِه عَتَقْنَ

---

(٣١) فى م : « نصف » .

(٣٢) فى ا : « الثانى » .

(٣٣) فى ا ، م : « المرهون » .

(٣٤) فى ا : « غيرهن » .

ووَرِثْنَ . وقال أبو حنيفةَ : إذا اشْتَرَاهُنَّ أو وُهِبْنَ له ، ولا مالَ له سِوَاهُنَّ ، ولا وارِثَ ، عَتَقْنَ ، وتَسْعَى كلُّ واحِدَةٍ من الأُخْتِ للأَبِ والأُخْتِ للأمِّ[٣٥] فى نِصْفِ قِيمَتِها للأُخْتِ من الأَبِ والأُمِّ ، وإنَّما لم يَرِثَا ؛ لأنَّهما لو وَرِثَا لكان لهما خُمْسَا الرِّقَابِ ، وذلك رَقَبةٌ وخُمْسٌ ، بينهما نِصْفَيْنِ ، فكان يَبْقَى عليهما سِعَايةٌ ، وإذا بَقِيَتْ عليهما سِعَايةٌ لم يَرِثَا ، وكانت لهما الوَصِيَّةُ ، وهى رَقَبَةٌ بينهما نِصْفَيْنِ . وأمَّا الأختُ للأَبَوَيْنِ ، فإذا وَرِثَتْ ، عَتَقَتْ ؛ لأنَّ لها ثَلاثةَ أخْماسِ الرِّقَابِ ، وذلك أكْثَرُ من قِيمَتِها ، فوَرِثَتْ وبَطَلَتْ وَصِيَّتُها . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَعْتِقْنَ[٣٦] ، وتَسْعَى كلُّ واحدةٍ من الأُخْتِ [٣٧]من الأبِ[٣٧] ، والأُخْتِ من الأُمِّ ، للأُخْتِ من الأَبَوَيْنِ ، فى خُمْسَىْ قِيمَتِها ؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ تَرِثُ ثَلَاثةَ أخْماسِ رَقَبَةٍ . وعلى قولِ الشافِعِىِّ يَعْتِقْنَ .

فصل : وإن اشْتَرَى المَرِيضُ أباهُ بألْفٍ ، لا مالَ له سِوَاهُ ، ثم ماتَ ، وخَلَّفَ ابْنًا ، فعلى القولِ الذى حَكَاهُ الْخَبْرِىُّ يَعْتِقُ كلُّه على المَرِيضِ ، وله وَلَاؤُه . وعلى قولِ القاضى يَعْتِقُ ثُلُثُه بالوَصِيَّةِ ، ويَعْتِقُ باقِيه / على الابنِ ؛ لأنَّه جَدُّه ، ويكونُ ثُلُثُ وَلَائِه لِلْمُشْتَرِى ، وثُلُثاه لِابْنِه . وهذا قولُ مالِكٍ . وقيل : هو مذهبٌ لِلشّافِعِىِّ . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثُه بالوَصِيَّةِ ، ويَسْعَى للابْنِ فى قِيمَةِ ثُلُثَيْهِ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَعْتِقُ سُدُسُه ؛ لأنَّه وَرِثَه ، ويَسْعَى فى خَمْسَةِ أسْداسِ قِيمَتِه لِلابْنِ ، ولا وَصِيَّةَ له . وقيل على قولِ الشافِعِىِّ : يُفْسَخُ البَيْعُ ، إلَّا أن يُجِيزَ الابْنُ عِتْقَه . وقيل : يُفْسَخُ فى ثُلُثَيْه ، ويَعْتِقُ فى[٣٨] ثُلُثِه ، وللبائعِ الخِيَارُ ؛ لِتَفَرُّقِ[٣٩] الصَّفْقَةِ عليه . وقيل :

٣٤/٦ ظ

---

(٣٥) فى الأصل : « من الأم » .

(٣٦) فى الأصل ، م : « تبعض » .

(٣٧ - ٣٧) فى م : « للأب » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) فى ا : « لتفريق » .

لا خِيَارَ له ؛ لأنَّه مُتْلِفٌ ، فإن تَرَكَ أَلْفَيْنِ سِوَاهُ ، عَتَقَ كلُّه ، ووَرِثَ سُدُسَ الأَلْفَيْنِ ، والباقِي للابْنِ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقيل نحْوُه على قولِ الشافِعِيّ . وقيل على قولِه : يَعْتِقُ ولا يَرِثُ . وقيل : شِرَاؤُه مَفْسُوخٌ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَرِثُ الأَبُ سُدُسَ التَّرِكةِ ، وهو خَمْسُمائة ، يَحْتَسِبُ بها من رَقَبَتِه ، ويَسْعَى فى نِصْفِ قِيمَتِه ، ولا وَصِيَّةَ له . وإن اشْتَرَى ابْنَه بأَلْفٍ ، لا يَمْلِكُ غيرَه ، ومات ، وخَلَّفَ أباهُ ، عَتَقَ كلُّه بالشِّرَاءِ ، فى الوَجْهِ الأَوَّلِ . وفى الثانى ، يَعْتِقُ ثُلُثُه بالوَصِيَّةِ ، وثُلُثَاه على جَدِّه عندَ المَوْتِ ، ووَلَاؤُه بينهما أثْلَاثًا . وبهذا قال مالِكٌ . وقول الشافِعِيّ فيه على ما ذكَرْناه فى مَسْأَلِةِ الأبِ . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثُه بالوَصِيّةِ ، ويَسْعَى فى قِيمَةِ ثُلُثَيْه للأَبِ ، ولا يَرِث . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَرِثُ خَمْسَةَ أسْدَاسِه ، ويَسْعَى فى قِيمَةِ سُدُسِه . وإن تَرَكَ أَلْفَيْنِ سِوَاه ، عَتَقَ كلُّه ، ووَرِثَ خَمْسَةَ أسْداسِ الأَلْفَيْنِ ، وللأبِ السُّدُسُ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأبو حنيفةَ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : للأَبِ سُدُسُ التَّرِكَةِ خَمْسُمائة ، وباقِيها للابْنِ يَعْتِقُ منها ، ويَأْخُذُ أَلْفًا وخَمْسَمائة . وإن خَلَّفَ مالًا يَخْرُجُ المَبِيعُ من ثُلُثِه ، فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، يَعْتِقُ كلُّه ، ويَرِثُ منه . كأنَّه حُرُّ الأَصْلِ . وعلى الوَجْهِ الثانى . يَعْتِقُ منه بِقَدْرِ ثُلُثِ التَّرِكَةِ / ، ويَرِثُ بِقَدْرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ ، فإن لم يَخْلُف المُشْتَرِى أبًا حُرًّا ، ولكن خَلَفَ أخًا حُرًّا ، و لم يَتْرُكْ مالًا ، عَتَقَ من رَأْسِ المالِ ، على الوَجْهِ الأَوَّلِ ، ويَعْتِقُ ثُلُثُه على الثانى ، ويَرِثُ الأَخُ ثُلُثَيْه ، ثم يَعْتِقُ عليه . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثُه ، ويَسْعَى لِعَمِّه فى قِيمَةِ ثُلُثَيْه . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَعْتِقُ كلُّه ، ولا سِعَايةَ . وإن خَلَفَ أَلْفَيْنِ سِوَاهُ عَتَقَ ، ووَرِثَ الأَلْفَيْنِ ، ولا شىءَ للأخِ ، فى الأَقْوالِ كلِّها . إلَّا ما قِيلَ على قولِ الشافِعِيّ ، إنَّه يَعْتِقُ ولا يَرِثُ . وقيل : شِرَاؤُه باطِلٌ ، فإن اشْتَرَى ابْنَه[40] بأَلْفٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، وقِيمَتُه ثُلُثَا أَلْفٍ ، وخَلَفَ ابْنًا آخَرَ ، فعلى الوَجْهِ الأَوَّلِ ، يَعْتِقُ من رَأْسِ المالِ ، ويَسْتَقِرُّ مِلْكُ البائعِ على قَدْرِ قِيمَتِه من الثَّمَن ، وله ثُلُثُ الباقِى ؛ لأنَّ المُشْتَرِىَ حَابَاهُ به و لم يَبْقَ من التَّرِكةِ سِوَاه ، فيكونُ له ثُلُثُه ، وهو تُسْعُ أَلْفٍ ، ويُرَدُّ التُّسْعَيْنِ ، فتكونَ بين الابْنَيْنِ . وعلى الوَجْهِ

٣٥/٦ و

---

(٤٠) فى ا ، م : « ابنيه » .

الثانى ، يَعْتِقُ ثُلُثُه ، ويَرِثُ أخوه ثُلُثَيْه[٤١] ، فيَعْتِقُ عليه ، وللبائعِ ثُلُثُ المُحاباةِ ، ويَرُدُّ ثُلُثَيْها ، فيكونُ مِيراثًا . وقال أبو حنيفةَ : الثُّلُثُ للبائعِ ، ويَسْعَى المُشْتَرِى فى قِيمَتِه لأخِيه . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَسْعَى فى نِصْفِ رَقَبَتِه ، ويَرِثُ نِصْفَها . وقال الشافِعِىُّ : المُحاباةُ مُقَدَّمَةٌ لتقدُّمِها[٤٢] ، ويَرِثُ الابنُ الحُرُّ أخَاه فيَمْلِكُه . وقيل : يُفسَخُ البَيْعُ فى ثُلُثَيْه ، ويَعْتِقُ ثُلُثُه ، ولا تُقَدَّمُ المُحَاباةُ ؛ لأنَّ فى تَقْدِيمِها تَقرِيرَ مِلْكِ الأبِ على وَلَدِه . وقيل : يُفسَخُ البَيْعُ فى جَمِيعِه ، فإن كانت قِيمَتُه ثُلُثَ الألْفِ ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ يَعْتِقُ من رَأْسِ المالِ ، وتَنْفُذُ المُحَاباةُ فى ثُلُثِ الباقِى ، وهو تُسْعا ألْفٍ ، ويَرُدُّ البائعُ أرْبعةَ أتْساعِ ألْفٍ ، فتكونُ بين الابنَيْنِ ، وعلى الوَجْهِ الآخَرِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، تَقْدِيمُ العِتْقِ على المُحاباةِ ، فيَعْتِقُ جَمِيعُه ، ويَرُدُّ البائعُ ثُلُثَىِ الألْفِ ، فيكونُ بينهما . والثانى ، أن يَعْتِقَ ثُلُثُه ، ويكونُ للبائعِ تُسْعَا ألْفٍ ، ويَرُدُّ أرْبعَةَ أتْساعِها ، / كما قلنا فى الوَجْهِ الأوَّلِ . وقال أبو حنيفةَ : لِلبائعِ بالمُحَاباةِ الثُّلُثُ ، ويَرُدُّ الثُّلُثَ ، ويَسْعَى الابنُ فى قِيمَتِه لأخِيه . وفى قولِ أبى يوسفَ ، ومحمدٍ : يَرُدُّ البائعُ ثُلُثَ الألْفِ ، فيكونَ لِلابْنِ الحُرِّ ، ويَعْتِقُ الآخَر بنَصِيبِه من المِيرَاثِ . وقيل على قولِ الشافِعِىِّ : يَرُدُّ البائعُ ثُلُثَ الألْفِ ، فيكونُ ذلك مع الابنِ المُشْتَرِى لِلْحُرِّ . وقيل غيرُ ذلك. وإن اشْتَراه بألْفٍ لا يَمْلِكُ غيرَه ، وقِيمَتُه ثَلاثَةُ آلافٍ ، فمَن أعْتَقَهُ من رَأْسِ المالِ جَعَلَهُ حُرًّا ، ومن جَعَلَ ذلك وَصِيَّةً له ، أعْتَقَ ثُلُثَه بالشِّراءِ ، ويَعْتِقُ باقِيه على أخِيه ، إلَّا فى قولِ[٤٣] الشافِعِىِّ ومَنْ وَافَقَه ، فإن الحُرَّ يَمْلِكُ بَقِيَّةَ أخِيه[٤٤] ، فيَمْلِكُ من رَقَبَتِه قَدْرَ ثُلُثَىِ الثَّمَنِ ، وذلك تُسْعَا رَقَبَةٍ ؛ لأنَّه يَجْعَلُ ثَمَنَه من الثُّلُثِ دُونَ قِيمَتِه . وقيل : يُفسَخُ البَيْعُ فى ثُلُثَيْه . وقيل : فى جَمِيعِه . وقال أبو حنيفةَ : يَسْعَى لأخِيه فى قِيمَةِ ثُلُثَيْه .

٣٥/٦ ظ

---

(٤١) فى ا ، م : « ثلثه » .

(٤٢) فى الأصل ، م : « لتقديمها » .

(٤٣) فى م : « قولى » .

(٤٤) فى م : « أخذه » .

وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَسْعَى له فى نصْفِ قيمَتِه . فإن تَرَكَ أَلْفَيْنِ سِوَاهُ عَتَقَ كلُّه ؛ لأنَّ التَّرِكَةَ هى الثَّمَنُ مع الأَلْفَيْنِ ، والثَّمَنُ يَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، فيَعْتِقُ ويَرِثُ نِصْفَ الأَلْفَيْنِ . وهو قولُ الشافِعِىِّ . وقيل : يَعْتِقُ ، ولا يَرِثُ . وعندَ أبى حنيفةَ وأصْحابِه : التَّرِكَةُ قِيمَتُه مع الأَلْفَيْنِ ، وذلك خَمْسَةُ آلافٍ . فعلى قولِ أبى حنيفةَ يَعْتِقُ منه قَدْرُ ثُلُثِ ذلك ، وهو أَلْفٌ وثُلُثَا أَلْفٍ ، ويَسْعَى لأَخِيه فى أَلْفٍ[٤٥] وثُلُثِ أَلْفٍ . وفى قول صاحِبَيْه : يَعْتِقُ منه نِصْفُ ذلك ، وهو خَمْسَةُ أَسْدَاسِه ، ويَسْعَى لأَخِيه فى خَمْسِمائةٍ ، والأَلْفانِ لأَخِيه فى قَوْلِهم جَمِيعًا . ولو اشْتَرَى المَرِيضُ ابْنَىْ عَمٍّ له بأَلْفٍ ، لا يَمْلِكُ غيرَه وقِيمَةُ كلِّ واحدٍ منهما أَلْفٌ ، فأَعْتَقَ أحَدَهُما ، ثم وَهَبَه أخَاهُ ، ثم ماتَ وخَلَّفَهُما وخَلَّفَ مَوْلَاه ، فإنَّ قِيَاسَ قولِ القاضى ، إن شاءَ الله ، أن يَعْتِقَ ثُلُثَا المُعْتَقِ ، إلَّا أن يُجِيزَ المَوْلَى عِتْقَ جَمِيعِه ، ثم يَرِثُ بِثُلُثَيْه ثُلُثَىْ بَقِيَّةِ التَّرِكَة ، فيَعْتِقُ منه[٤٦] ثَمانِيَةُ أَتْسَاعِه ، ويَبْقَى تُسْعُه وثُلُثُ أخِيه لِلْمَوْلَى . ويَحْتَمِلُ أن يَعْتِقَ كلُّه ، ويَرِثَ أخَاه ، فيَعْتِقانِ جَمِيعًا ، لأنَّه يَصِيرُ / بالإعْتاقِ وَارِثًا لِثُلُثَىِ التَّرِكَةِ ، فتَنْفُذُ إجازَتُه فى إعْتاقِ باقِيه ، فتَكْمُلُ له الحُرِّيَّةُ ، ثم يَكْمُلُ المِيرَاثُ له . وفى قِيَاسِ قولِ أبى الخَطَّابِ : يَعْتِقُ ثُلُثَاه ، ولا يَرِثُ ؛ لأنَّه لو وَرِثَ لَكان إعْتَاقَ وَصِيَّةٍ له ، فيَبْطُلُ إعْتَاقُه ، ثم يَبْطُلُ إرْثُه ، فيُؤَدِّى تَوْرِيثُه إلى إبْطالِ تَوْرِيثِه . وهذا قولُ الشّافِعِىِّ[٤٧] ، ويَبْقَى ثُلُثُه وابْنُ العَمِّ الآخر لِلْمَوْلَى . وقال أبو حنيفةَ : يَعْتِقُ ثُلُثَا المُعْتَقِ ، ويَسْعَى فى قِيمَةِ ثُلُثِه ، ولا يَرِثُ . وقال أبو يوسف ، ومحمدٌ : يَعْتِقُ كلُّه ، ويَعْتِقُ عليه أخُوه بالهِبَةِ ، ويَكُونَانِ أحَقَّ بالمِيرَاثِ من المَوْلَى ، فإن كان لِلْمَيِّتِ مالٌ سِواهُما ، أخذَ ذلك المال بالمِيرَاثِ ، ويَغْرَمُ المُعْتِقُ[٤٨] لأَخِيه المَوْهُوبِ نِصْفَ [٤٩]قِيمةِ نَفْسِه[٤٩] ونِصفَ قِيمَةِ أخِيه ؛ لأنَّ عِتْقَ

٦/٣٦ و

---

(٤٥) فى م : « الألف » .

(٤٦) فى ا زيادة : « لقدر » .

(٤٧) فى م : « للشافعى » .

(٤٨) فى م : « بالمعتق » .

(٤٩ - ٤٩) فى م : « قيمته » .

الأَوَّلِ وَصِيَّةٌ له(٥٠) ، ولا وَصِيّةَ لِوَارِثٍ ، وقد صارَ وارِثًا مع أخِيه ، فوَرِثَ نِصْفَ قِيمَةِ رَقَبَتِه(٥١) ، ونِصْفَ قِيمَةِ أخِيه ، ووَرِثَ أخُوه الباقِىَ ، وكان أخُوه المَوْهُوبُ له هِبَةً من المَرِيضِ له(٥٢) ، فيَعْتِقُ(٥٣) بقَرَابَتِه منه ، ولم يَعْتِقْ من المَرِيضِ ، فلم يكُنْ عِتْقُه وَصِيّةً ، بل اسْتَهْلَكَها بالعِتْقِ الذى جَرَى فيها ، فيَغْرَمُ الأَوَّلُ نِصْفَ قِيمَتِه ونِصْفَ قِيمَةِ أخِيه لأَخِيه . وأمَّا قولُ أبى حَنِيفةَ ، فإنْ كان المَيِّتُ لم يَدَعْ وارِثًا غيرَهما عَتَقَا ، وغَرِمَ الأَوَّلُ لأَخِيه نِصْفَ قِيمةِ(٥٤) أخِيهِ ، ولم يَغْرَمْ له نِصْفَ قِيمةِ(٥٤) نَفْسه ؛ لأَنَّه إذا لم يَدَعْ وارِثًا ، جازَتْ وَصِيَّتُه ؛ لأَنَّهما لا يَرِثانِ ، ولا يَعْتِقَان حتى تَجُوزَ وَصِيّةُ الأَوَّلِ ، لأَنَّه متى بَقِيَتْ عليه سِعَايَةٌ ، لم يَرِثْ واحدٌ منهما ، ولم يَعْتِقْ ، فلابُدَّ من أن يُنْفِذَ لِلْمُعْتَقِ وَصِيَّةً لِيَصِيرَ حُرًّا فيَعْتِقَ أخُوه بعِتْقِه ، وقد جازَتْ له الوَصِيَّةُ فى جَمِيعِ رَقَبَتِه ؛ لأَنَّ المَيِّتَ إذا لم يَدَعْ وارِثًا ، جازَتْ وَصِيَّتُه بجَمِيعِ مالِه ، ويَرِثانِ جَمِيعًا ، ويَرْجِعُ الثانى على الأَوَّلِ بنِصْفِ قِيمَتِه ؛ لأَنَّه يقول : قد صِرْتُ أنا وأنتَ وَارِثَيْنِ ، فلا تَأْخُذْ من المِيرَاثِ شيئًا دُونِى ، وقد كانت رَقَبَتِى لك وَصِيَّةً وَعَتَقَتْ من قِبَلِك ، فاضْمَنْ لى نِصْفَ رَقَبَتِى . فإن كان / مُعْسِرًا وهناك مالٌ غيرُهما ، أخَذَ الثانى نِصْفَه ، ثم أخَذَ من النِّصْفِ الثانى نِصْفَ قِيمَةِ نَفْسِه ، وكان ما بَقِىَ مِيرَاثًا لأَخِيه الأَوَّلِ . ٣٦/٦ ظ

فصل : وإذا كان لِلْمَرِيضِ ثَلَاثَةُ آلافٍ ، فتَبَرَّعَ بأَلْفٍ ، ثم اشْتَرَى أبَاهُ ممَّا بَقِىَ ، وله ابْنٌ ، فعلى قولِ مَنْ قال ليس الشِّرَاءُ وَصِيّةً : يَعْتِقُ الأبُ ويَنْفُذُ من التَّبَرُّعِ قَدْرُ ثُلُثِ المالِ حالَ المَوْتِ ، وما بَقِىَ فلِلأَبِ سُدُسُه ، وباقِيه للابْنِ . وعلى قولِ القاضى ومن جَعَلَه وَصِيَّةً : لا يَعْتِقُ الأَبُ(٥٥) ؛ لأَنَّ تَبَرُّعَ المَرِيضِ إنَّما يَنْفُذُ فى الثُّلُثِ ، ويُقَدَّمُ الأَوَّلُ فالأَوَّلُ ، وإذا قُدِّمَ التَّبَرُّعُ لم يَبْقَ من الثُّلُثِ شىءٌ ، ويَرِثُه الابنُ ، فيَعْتِقُ عليه ،

---

(٥٠) سقط من : الأصل .

(٥١) فى م : « نفسه » .

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) فى م : « فعتق » .

(٥٤) فى م : « قيمته » .

(٥٥) فى م : « أب » .

ولا يَرِثُ ؛ لأنَّه إنَّما عَتَقَ بعدَ المَوْتِ . وإن وُهِبَ له أبُوه ، عَتَقَ ، ووَرِثَ ؛ لأنَّ الهِبَةَ ليست بِوَصِيَّةٍ ، وكذلك إن وَرِثَه . وإن اشْتَرَى أباهُ ، ثم أعْتَقَه ، لم يَعْتِقْ على قولِ القاضى ؛ لأنَّه إذا لم يَعْتِقْ بالمِلْكِ ، وهو أقْوَى من الإعْتاقِ بالقَوْلِ ، بِدَلِيلِ نُفُوذِه فى[56] حَقِّ الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ ، فأوْلَى أن لا يَنْفُذَ بالقَوْلِ .

فصل : وإن مَلَكَ المَرِيضُ مَنْ يَرِثُه ممَّن لا يَعْتِقُ عليه ، كابْنِ عَمِّه ، فأعْتَقَه فى مَرَضِه ، كان إعْتاقُه وَصِيَّةً مُعْتَبَرَةً من الثُّلُثِ ، بِدَلِيلِ أنَّ النبىَّ ﷺ أقْرَعَ بين العَبِيدِ الذين أعْتَقَهُم مالِكُهُم عندَ مَوْتِه ، ولم يكن له مالٌ سِوَاهم[57] ، فاعْتُبِرَ عِتْقُهُم من الثُّلُثِ . فعلى هذا يُعْتَبَرُ خُرُوجُ المُعْتَقِ من الثُّلُثِ ، فإن خَرَجَ من الثُّلُثِ عَتَقَ ولم يَرِثْ . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ، فى مَرِيضٍ مَلَكَ ابْنَ عَمِّهِ فى مَرَضِه ، فأقَرَّ بأنَّه كان أعْتَقَه فى صِحَّتِه ، عَتَقَ ولم يَرِثْ ؛ لأنَّه لو وَرِثَ لَكان إقْرارُه لِوارِثٍ ، فلا يُقْبَلُ ، فيُؤَدِّى تَوْرِيثُه إلى إبْطالِ عِتْقِه ، ثم يَبْطُلُ مِيراثُه ، فكان إعْتاقُه من غيرِ تَوْرِيثٍ أوْلَى . ومُقْتَضَى قولِ القاضى ، أنَّه يَعْتِقُ ويَرِثُ ؛ لأنَّه حُرٌّ حين مَوْتِ مَوْرُوثِه ، ليس بقاتِلٍ ، ولا مُخالِفٍ لِدِينِه ، فوَرِثَ[58] ، كما لو وَرِثَه . وإن لم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ ، عَتَقَ / منه بقَدْرِ الثُّلُثِ . ولا يَرِثُ ، على القولِ الأوَّلِ . وعلى قولِ القاضى ، يَنْبَغِى أن يَرِثَ بقَدْرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ ، على ما ذُكِرَ[59] فى المُعْتَقِ بعضُه .

٣٧/٦ و

فصل : وما لَزِمَ المَرِيضَ فى مَرَضِه من حَقٍّ لا يُمْكِنُه دَفْعُه وإسْقاطُه ، كأرْشِ الجِنَايةِ ، وجِنَايةِ عَبْدِه ، وما عاوَضَ عليه بِثَمَنِ المِثْلِ ، وما يَتَغابَنُ الناسُ بمِثْلِه ، فهو من رَأْسِ المالِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلَافًا . وهذا عندَ الشافِعِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وكذلك النِّكَاحُ بمَهْرِ المِثْلِ جائِزٌ من رَأْسِ المالِ ؛ لأنَّه صَرْفٌ لمالِه فى حاجَةِ نَفْسِه ، فيُقَدَّمُ بذلك

---

(56) فى م : « ففى » .

(57) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٥ .

(58) فى م : « ويرث » .

(59) فى م : « يذكر » .

علي وَارِثه . وكذلك لو اشْتَرى جارِيَةً يَسْتَمْتِعُ بها ، كَثِيرَةَ الثمنِ ، بِثَمَنِ مِثْلِها ، أو اشْتَرى من الأَطْعِمةِ التى لا يَأْكُل مثله مِثْلَها[٦٠] جازَ ، وصَحَّ شِرَاؤُه له[٦١] ؛ لأنَّه صَرْفٌ لماله[٦٢] فى حاجَتِه . وإن كان عليه دَيْنٌ ، أو ماتَ وعليه دَيْنٌ ، قُدِّمَ بذلك على وَارِثه ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[٦٣] .

فصل : فأمَّا إن قَضَى المَرِيضُ بعضَ غُرَمائِه ، ووَفَتْ تَرِكَتُه بسائِرِ الدُّيُونِ ، صَحَّ قَضاؤُه ، ولم يكُنْ لسائِرِ الغُرَماءِ الاعْتِراضُ عليه . وإن لم يَفِ بها ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، أنَّ لِسَائِرِ الغُرَماءِ الرُّجُوعَ عليه ، ومُشَارَكَتَه فيما أَخَذَه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ حُقُوقَهُم تَعَلَّقَتْ بماله[٦١] بمَرَضِه ، فمَنَعَتْ تَصَرُّفَه فيه بما يَنْقُصُ دُيُونَهُم ، كتَبَرُّعِه ، ولأنَّه لو وَصَّى بقَضاءِ بعضِ دُيُونِه لم يَجُزْ ، فكذلك إذا قَضَاهَا . والثانى ، أنَّهم لا يَمْلِكُونَ الاعْتِرَاضَ عليه ، ولا مُشَارَكَتَه . وهو قِيَاسُ قولِ أحمدَ ، ومَنْصُوصُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه أدَّى واجبًا عليه ، فصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى شَيْئًا فأَدَّى ثَمَنه ، أو باعَ بعضَ مالِه وسَلَّمه ، ويُفَارِقُ الوَصِيَّةَ ، فإنَّه لو اشْتَرَى ثِيَابًا مُثَمَّنةً صَحَّ ، ولو وَصَّى بتَكْفِينِه فى ثِيَابٍ مُثَمَّنةٍ لم يَصِحَّ ، يُحَقِّقُ هذا أنَّ إيفاءَ/ ثَمَنِ المَبِيعِ قَضاءٌ لبَعْضِ غُرَمائِه ، وقد صَحَّ عَقِيبَ البَيْعِ ، فكذلك إذا تَرَاخَى ، إذ لا أَثَرَ لِتَرَاخِيه .

٣٧/٦ ظ

فصل : وإذا تَبَرَّعَ المَرِيضُ ، أو أَعْتَقَ ، ثم أقَرَّ بدَيْنٍ ، لم يَبْطُلْ تَبَرُّعُه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى مَن أَعْتَقَ عَبْدَه فى مَرَضِه ، ثم أقَرَّ بدَيْنٍ . عَتَقَ العَبْدُ ، ولم يُرَدَّ إلى الرِّقِّ . وهذا لأنَّ الحَقَّ ثَبَتَ[٦٤] بالتَّبَرُّعِ فى الظاهِرِ ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُه فيما يَبْطُلُ به حَقُّ غيرِه .

---

(٦٠) فى م : « منها » .

(٦١) سقط من : م .

(٦٢) فى م : « لمثله » .

(٦٣) سورة النساء ١١ .

(٦٤) فى م : « يثبت » .

فصل : ويُعْتَبَرُ فى المَرِيضِ الذى هذه أحْكامُه شَرْطانِ ؛ أحدُهما ، أن يَتَّصِلَ بمَرَضِه المَوْتُ ، ولو صَحَّ من[65] مَرَضِه الذى أعْطَى فيه ، ثم ماتَ بعدَ ذلك ، فحُكْمُ عَطِيَّتِه حُكْمُ عَطِيَّةِ الصَّحِيحِ ؛ لأنَّه ليس بمَرَضِ المَوْتِ . الثانى ، أن يكونَ مَخُوفًا ، والأمْراضُ[66] أرْبَعةُ أقْسامٍ ؛ غيرُ مَخُوفٍ ، مثل وَجَعِ العَيْنِ ، والضِّرْسِ ، والصُّدَاعِ اليَسِيرِ ، وحُمَّى سَاعَةٍ ، فهذا حُكْمُ صاحِبِه حُكْمُ الصَّحِيحِ ؛ لأنَّه لا يُخَافُ منه فى العادَةِ . الضرب الثانى ، الأمْراضُ المُمْتَدَّةُ ؛ كالجُذَامِ ، وحُمَّى الرِّبْعِ[67] ، والفَالِجِ[68] فى انْتِهائِه ، والسُّلِّ فى ابْتِدائِه ، والحُمَّى الغِبِّ[69] ، فهذا الضَّرْبُ إن أَضْنَى صاحِبَها على فِرَاشِه ، فهى مَخُوفَةٌ ، وإن لم يكنْ صاحِبَ فِرَاشٍ ، بل كان يَذْهَبُ ويَجِىءُ ، فعَطَاياهُ من جَمِيعِ المالِ . قال القاضى : هذا تَحْقِيقُ المَذْهَبِ فيه . وقد رَوَى حَرْبٌ ، عن أحمدَ ، فى وَصِيَّةِ المَجْذُومِ والمَفْلُوجِ : من الثُّلُثِ . وهو مَحْمُولٌ على أنَّهما صارَا صاحِبَىْ فِرَاشٍ . وبه يقول الأوْزَاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، ومالِكٌ ، وأبو حنِيفةَ وأصْحابُه ، وأبو ثَوْرٍ . وذَكَرَ أبو بَكْرٍ وَجْهًا[70] فى صاحِبِ الأمْراضِ المُمْتَدَّةِ ، أنَّ عَطِيَّتَه من صُلْبِ المالِ . وهو مَذْهَبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّه لا يُخَافُ تَعْجِيلُ[71] المَوْتِ فيه ، وإن كان لا يَبْرَأُ فهو كالهَرِمِ . ولَنا ، أنَّه مَرِيضٌ صاحِبُ فِرَاشٍ يَخْشَى التَّلَفَ ، فأشْبَهَ صاحِبَ الحُمَّى الدائِمَة ، وأما الهَرِمُ فإنْ صارَ صاحِبَ فِرَاشٍ ، فهو كمَسْألَتِنا . الضرب الثالث ، مَنْ تَحَقَّقَ تَعْجِيلُ مَوْتِه ، فيُنْظَرُ فيه ؛ فإن كان عَقْلُه قد اخْتَلَّ ، مثل مَن ذُبِحَ ، أو أُبِينَتْ حَشْوَتُه ، فهذا لا حُكْمَ لِكَلَامِه ولا لِعَطِيَّتِه ، لأنَّه لا / يَبْقَى له عَقْلٌ ثابتٌ ، وإن كان ثابِتَ العَقْلِ ، كمن خُرِقَتْ حَشْوَتُه ، ٦/٣٨ و

---

(٦٥) فى م : « فى » .

(٦٦) فى م زيادة : « على » .

(٦٧) حمى الربع : هى التى تعرض للمريض يوما وتدعه يومين ثم تعود إليه فى اليوم الرابع .

(٦٨) الفالج : شلل يصيب أحد شقى الجسم طولا .

(٦٩) حمى الغب : التى تنوب يوما بعد يوم .

(٧٠) فى ا ، م : « وجهان » .

(٧١) فى الأصل : « تعجل » .

أو اشْتَدَّ مَرَضُه و لم يَتَغَيَّرْ عَقْلُه ، صَحَّ تَصرُّفُه وتَبرُّعُه ، و كان تَبرُّعُه من الثُّلُثِ ، فإنَّ عمرَ رَضِيَ اللهُ عنه ، خَرَجَتْ حَشْوَتُه ، فقُبِلَتْ وَصِيَّتُه ، و لم يُخْتَلَفْ فى ذلك . وعلىٌّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، بعد ضَرْبِ ابنِ مُلْجِمٍ له[٧٢] أوْصَى وأمَرَ ونَهَى ، فلم يُحْكَمْ بِبُطْلَانِ قَوْلِه . الضرب الرابع ، مَرَضٌ مَخُوفٌ ، لا يُتَعَجَّلُ مَوْتُ صاحِبِه يَقِينًا ، لكنَّه يخَافُ ذلك ، كالبِرْسَامِ ، وهو بُخَارٌ يَرْقَى[٧٣] إلى الرَّأْسِ ، ويُؤَثِّرُ فى الدِّمَاغِ ، فيَخْتَلُّ العَقْلُ[٧٤] ، والحُمَّى الصَّالِبُ[٧٥] ، والرُّعَافُ الدائِمُ ؛ لأنَّه يُصَفِّى الدَّمَ ، فيُذْهِبُ القُوَّةَ ، وذاتِ الجَنْبِ ، وهو قَرْحٌ بِبَاطِنِ الجَنْبِ ، وَوَجَعِ القَلْبِ والرِّئَةِ ؛ فإنَّها لا تَسْكُنُ حَرَكَتُها ، فلا يَنْدَمِلُ جُرْحُها ، والقُولَنْجِ ، وهو أن يَنْعَقِدَ الطَّعَامُ فى بعضِ الأَمْعاءِ ، ولا يَنْزِلَ عنه ، فهذه كلُّها مَخُوفَةٌ ، سواءٌ كان معها حُمَّى أو لم يكُنْ ، وهى مع الحُمَّى أشَدُّ خَوْفًا . فإن ثَاوَرَهُ الدَّمُ ، واجْتَمَعَ فى عُضْوٍ ، كان مَخُوفًا ؛ لأنَّه من الحَرَارةِ المُفْرِطَةِ . وإن هاجَتْ به الصَّفْرَاءُ ، فهى مَخُوفَةٌ ؛ لأنَّها تُورِثُ يُبُوسَةً ، وكذلك البَلْغَمُ إذا هاجَ ؛ لأنَّه من شِدَّةِ البُرُودَةِ ، وقد تَغْلِبُ على الحَرَارةِ الغَرِيزِيّةِ فَتُطْفِئُها . والطّاعُونُ مَخُوفٌ ؛ لأنَّه من شِدَّةِ الحَرَارةِ ، إلَّا أنَّه يكونُ فى جَمِيعِ البَدَنِ . وأمَّا الإِسْهالُ ، فإن كان مُنْخَرِقًا لا يُمْكِنُه مَنْعُه ولا إمْساكُه ، فهو مَخُوفٌ ، وإن كان ساعَةً ؛ لأنَّ مَنْ لَحِقَهُ ذلك أسْرَعَ فى هَلَاكِه . وإن لم يكُنْ مُنْخَرِقًا ، لكنَّه يكونُ تارَةً ويَنْقَطِعُ أخرى ، فإن كان يَوْمًا أو يَوْمَيْنِ ، فليس بمَخُوفٍ ؛ لأنَّ ذلك قد يكونُ من فَضْلَةِ الطَّعَامِ ، إلَّا أن يكون معه زَحِيرٌ وتَقْطِيعٌ كأن[٧٦] يَخْرُجَ مُتَقَطِّعًا ، فإنَّه يكونُ مَخُوفًا ؛ لأنَّ ذلك يُضْعِفُ . وإن دامَ الإِسْهالُ ، فهو مَخُوفٌ ، سواءٌ كان معه زَحِيرٌ أو لم يكُنْ . وما أشْكَلَ أمْرُه من الأمْراضِ ، رُجِعَ فيه إلى قولِ أهْلِ المَعْرِفةِ ، وهم الأَطِبَّاءُ

---

(٧٢) سقط من : م .

(٧٣) فى ا : « يرتقى » .

(٧٤) فى ا زيادة : « به » .

(٧٥) الحمى الصالب : الشديدة الحرارة .

(٧٦) فى الأصل : « كأنه » .

لأنَّهم[٧٧] أهلُ الخِبْرةِ بذلك / والتَّجْرِبَةِ والمَعْرِفةِ ، ولا يُقْبَلُ إلَّا قولُ طَبِيبَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ثِقَتَيْنِ بالِغَيْنِ ؛ لأنَّ ذلك يَتعلَّقُ به حَقُّ الوارِثِ وأهْلِ العَطَايَا ، فلم يُقْبَلْ فيه إلَّا ذلك . وقِيَاسُ قولِ الْخِرَقِيِّ ، أنَّه يُقْبَلُ قولُ الطَّبِيبِ العَدْلِ ، إذا لم يُقْدَرْ على طَبِيبَيْنِ ، كما ذَكَرَ[٧٨] فى بابِ الدَّعَاوَى . فهذا الضَّرْبُ وما أشْبَهه ، عَطَايَاهُ صَحِيحَةٌ ؛ لما ذَكَرْناه من قِصَّةِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فإنَّه لما جُرِحَ سَقَاهُ الطَّبِيبُ لَبَنًا ، فخَرَجَ من جُرْحِه ، فقال له الطَّبِيبُ : اعْهَدْ إلى الناسِ . فعَهِدَ إليهم ووَصَّى ، فاتَّفَقَ الصَّحابةُ على قَبُولِ عَهْدِه وَوَصِيَّتِه . وأبو بكرٍ لما اشْتَدَّ مَرَضُه ، عَهِدَ إلى عمرَ ، فنَفَّذَ عَهْدَه .

٩٧١ ــ مسألة ؛ قال : (وَكَذٰلِكَ الْحَامِلُ إذَا صَارَ لَهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ)

يعنى عَطِيَّتَها من الثُّلُثِ . وهذا قول مالكٍ . وقال إسحاقُ : إذا أثْقَلَتْ لا يَجُوزُ لها إلَّا الثُّلُثُ . ولم يَحِدَّ . وحَكَاهُ ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ . وقال سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعَطَاءٌ ، وقَتَادَةُ : عَطِيَّةُ الحامِلِ من الثُّلُثِ . وقال أبو الخَطَّابِ : عَطِيَّةُ الحامِلِ من رَأْسِ المالِ ، ما لم يَضْرِبْها المَخَاضُ ، فإذا ضَرَبَها المَخَاضُ ، فعَطِيَّتُها من الثُّلُثِ . وبهذا قال النَّخَعِىُّ ، ومَكْحُولٌ ، ويحيى الأنْصارِىُّ ، والأوْزَاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ . هو ظاهِرُ مذهبِ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّها قبلَ ضَرْبِ المَخَاضِ لا تَخَافُ المَوْتَ[١] ، ولأنَّها إنَّما تَخَافُ المَوْتَ إذا ضَرَبَها الطَّلْقُ ، فأشْبَهَتْ صاحِبَ الأمْراضِ المُمْتَدَّةِ قبلَ أن يَصِيرَ صاحِبَ فِرَاشٍ . وقال الحَسَنُ ، والزُّهْرِىُّ : عَطِيَّتُها كعَطِيَّةِ الصَّحِيحِ . وهو القولُ الثانى للشافِعِىِّ ؛ لأنَّ الغالِبَ سَلَامَتُها . وَوَجْهُ قولِ الْخِرَقِىِّ أنَّ سِتَّةَ الأشْهُرِ وَقْتٌ يُمْكِنُ الوِلَادَةُ فيه ، وهى من أسْبابِ التَّلَفِ .

---

(٧٧) سقط من : م .

(٧٨) فى م : « ذكرنا » .

(١) سقط من : الأصل .

والصَّحِيحُ ، إن شاءَ اللهُ ، أنَّها إذا ضَرَبَها الطَّلْقُ ، كان مَخُوفًا ؛ لأنَّه أَلَمٌ شَدِيدٌ يُخَافُ منه التَّلَفُ ، فأشْبَهَتْ صاحِبَ سائِرِ الأمْراضِ المَخُوفَةِ . وأمَّا قبلَ ذلك ، فلا أَلَمَ بها ، واحْتِمالُ وُجُودِه خِلافُ العادَةِ ، فلا يَثْبُتُ الحُكْمُ باحْتِمالِه البَعِيدِ / مع عَدَمِه ، كالصَّحِيحِ ، فأمَّا بعدَ الوِلَادَةِ ، فإن بَقِيَتِ المَشِيمَةُ معها ، فهو مَخُوفٌ ، وإن ماتَ الوَلَدُ معها ، فهو مَخُوفٌ ؛ لأنَّه يَصْعُبُ خُرُوجُه ، وإن وَضَعَتِ الوَلَدَ ، وخَرَجَتِ المَشِيمَةُ ، وحَصَلَ ثَمَّ وَرَمٌ أو ضَرَبانٌ شَدِيدٌ ، فهو مَخُوفٌ ، وإن لم يكُنْ شيءٌ من ذلك ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ فى النُّفَساءِ : إن كانت تَرَى الدَّمَ ، فعَطِيَّتُها من الثُّلُثِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بذلك إذا كان معه أَلَمٌ لِلُزُومِه لذلك في الغالِبِ . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ على ظاهِرِه ، فإنَّها إذا كانت تَرَى الدَّمَ ، كانت كالمَرِيضِ ، وحُكْمُها بعد السِّقْطِ كحُكْمِها بعدَ وَضْعِ الوَلَدِ التَّامِّ . وإن أسْقَطَتْ مُضْغَةً أو عَلَقَةً ، فلا حُكْمَ له ، إلَّا أن يكونَ ثَمَّ مَرَضٌ أو أَلَمٌ . وهذا كلُّه مذهبُ الشافِعِىِّ ، إلَّا أنَّ مُجَرَّدَ الدَّمِ عندَه ليس بمَخُوفٍ .

فصل : ويَحْصُلُ الخَوْفُ بغير ما ذَكَرْناه ، فى مَوَاضِعَ خَمْسَةٍ ، تَقُومُ مَقَامَ المَرَضِ ؛ أحدُها ، إذا الْتَحَمَ الحَرْبُ ، واخْتَلَطَتِ الطائِفَتانِ لِلْقِتَالِ ، وكانت كلُّ طائِفَةٍ مُكَافِئَةً للأُخْرَى أو مَقْهُورَةً . فأمَّا القاهِرَةُ منهما بعدَ ظُهُورِها ، فليستْ خائِفَةً . وكذلك إذا لم يَخْتَلِطُوا ، بل كانت كلُّ واحِدَةٍ منهما مُتَمَيِّزَةً ، سواءٌ كان بينهما رَمْىٌ بالسِّهامِ أو لم يكُنْ فليست حالةَ خَوْفٍ . ولا فَرْقَ بين كَوْنِ الطائِفَتَيْنِ مُتَّفِقَتَيْنِ فى الدِّينِ أو مُفْتَرِقَتَيْنِ . وبه قال مالِكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ . ونحوه عن مَكْحُولٍ . وعن الشافِعِىِّ قَوْلانِ ؛ أحدهما ، كقَوْلِ الجَماعةِ . والثانى ، ليس بمَخُوفٍ ؛ لأنَّه ليس بمَرِيضٍ . ولَنا ، أنَّ تَوَقُّعَ التَّلَفِ هٰهُنا كتَوَقُّعِ المَرَضِ[2] أو أكْثَر ، فوَجَبَ أن يُلْحَقَ به ، ولأنَّ المَرَضَ إنَّما جُعِلَ مَخُوفًا لِخَوْفِ صاحِبِه التَّلَفَ ، وهذا كذلك . قال أحمدُ :

(٢) فى الأصل ، ا : « المريض » .

إذا حَضَرَ القِتَالَ ، كان عِتْقُه من الثُّلُثِ . وعنه : إذا الْتَحَمَ الحَرْبُ ، فوَصِيَّتُه من المالِ كلِّه . فيَحْتَمِلُ أن يجْعَلَ هذا رِوَايةً ثانِيةً ، وتُسَمَّى العَطِيَّةُ وَصِيَّةً تَجَوُّزًا ؛ / لِكَوْنِها فى حُكْمِ الوَصِيَّةِ ، ولكَوْنِها عندَ المَوْتِ . ويَحْتَمِلُ أن يُحْمَلَ على حَقِيقَتِه فى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ من المالِ كلِّه . لكنْ يَقِفُ الزَّائِدُ على الثُّلُثِ على إجازَةِ الوَرَثةِ ، فإنَّ حُكْمَ وَصِيَّةِ الصَّحِيحِ وخائِفِ التَّلَفِ واحِدٌ . الثانية ، إذا قُدِّمَ لِيُقْتَلَ ، فهى حالَةُ خَوْفٍ ، سواءٌ أُرِيدَ قَتْلُه لِلْقِصَاصِ ، أو لغيرِه . ولِلشّافِعِىِّ فيه قَوْلَانِ ؛ أحدهما ، أنَّه مَخُوفٌ . والثانى ، إن جُرِحَ فهو مَخُوفٌ ، وإلَّا فلا ؛ لأنَّه صَحِيحُ البَدَنِ ، والظاهِرُ العَفْوُ عنه . ولَنا ، أنَّ التَّهْدِيدَ بالقَتْلِ جُعِلَ إكْرَاهًا يَمْنَعُ وُقوعَ الطَّلَاقِ ، وصِحَّةَ البَيْعِ ، ويُبِيحُ كَثِيرًا من المُحَرَّماتِ ، ولولا الخَوْفُ لم تَثْبُتْ هذه الأحْكَامُ ، وإذا حُكِمَ لِلْمَرِيضِ وحاضِرِ الحَرْبِ بالخَوْفِ مع ظُهُورِ السَّلَامةِ ، وبعدَ وُجُودِ التَّلَفِ ، فمع ظُهُورِ التَّلَفِ وقُرْبه أَوْلَى ، ولا عِبْرَةَ بصِحَّةِ البَدَنِ فإنَّ المَرَضَ لم يكُنْ مُثْبِتًا لهذا الحُكْمِ لِعَيْنِه ، بل لِخَوْفِ إفْضائِه إلى التَّلَفِ ، فيثْبُتُ[3] الحُكْمُ هٰهُنا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ، لِظُهُورِ التَّلَفِ . الثالثة ، إذا رَكِبَ البَحْرَ ، فإن كان ساكِنًا فليس بمَخُوفٍ ، وإن تَمَوَّجَ واضْطَرَبَ وهَبَّتِ الرِّيحُ العاصِفُ ، فهو مَخُوفٌ ، فإنَّ اللهَ تعالى وَصَفَهُمْ بشِدَّةِ الخَوْفِ ، بقَوْلِه سُبْحَانه : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ حَتَّىٰٓ إِذَا كُنتُمْ فِى ٱلْفُلْكِ وَجَرَيْنَ بِهِم بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُواْ بِهَا جَآءَتْهَا رِيحٌ عَاصِفٌ وَجَآءَهُمُ ٱلْمَوْجُ مِن كُلِّ مَكَانٍ وَظَنُّوٓاْ أَنَّهُمْ أُحِيطَ بِهِمْ دَعَوُاْ ٱللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ لَئِنْ أَنجَيْتَنَا مِنْ هَٰذِهِۦ لَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلشَّٰكِرِينَ ﴾[4] . الرابعة ، الأسِيرُ والمَحْبُوسُ ، إذا كان من عادَتِه القَتْلُ ، فهو خائِفٌ ، عَطِيَّتُه من الثُّلُثِ ، وإلَّا فلا . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالِكٍ ، وابنِ أبِى لَيْلَى ، وأحَدُ قَوْلَىِ الشافِعِىِّ . وقال الحَسَنُ لمَّا حَبَسَ الحَجَّاجُ إيَاسَ بن مُعَاوِيَةَ : ليس له من مالِه إلَّا

٣٩/٦ ظ

---

(٣) فى ا ، م : « فثبت » .

(٤) سورة يونس ٢٢ .

الثُّلُثُ . وقال أبو بكرٍ : عَطِيّةُ الأسِيرِ من الثُّلُثِ . و لم يُفرِّقْ . وبه قال الزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ . وحَكَاهُ ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ . وتأوَّلَ القاضى ما رُوِى عن أحمدَ فى هذا على ما ذَكَرْناه من التَّفْصِيلِ ابْتِداءً . وقال الشَّعْبِىُّ ، ومالِكٌ : الغازى / عَطِيَّته من الثُّلُثِ . وقال مَسْرُوقٌ : إذا وَضَعَ رِجْلَه فى الغَرْزِ . وقال الأَوْزَاعِىُّ : المَحْصُورُ فى سَبِيلِ الله ، والمَحْبُوسُ يَنْتَظِرُ القَتْلَ أو تُفْقَأُ عَيْناهُ[٥] ، هو فى ثُلُثِه . والصَّحِيحُ ، إن شاءَ اللهُ ، ما ذَكَرْنا من التَّفْصِيلِ ؛ لأنَّ مُجَرَّدَ الحَبْسِ والأسْرِ من غيرِ خَوْفِ القَتْلِ ليس بمَرَضٍ[٦] ، ولا هو فى مَعْنَى المَرَضِ فى الخَوْفِ ، فلم يَجُزْ إلْحَاقُه به ، وإذا كان المَرِيضُ الذى لا يَخَافُ التَّلَفَ عَطِيَّته من رَأْسِ مالِه ، فغيرُه أَوْلَى . الخامسة ، إذا وَقَعَ الطَّاعُونُ بِبَلْدَةٍ ، فعن أحمدَ أنَّه مَخُوفٌ[٧] . ويَحْتَمِلُ أنَّه ليس بمَخُوفٍ ؛ فإنَّه ليس بمَرَضٍ[٦] ، وإنما يُخاف[٨] المَرَضُ . واللهُ أعْلَمُ .

٦/٤٠ و

فصل : ويُعْتَبَرُ خُرُوجُ العَطِيَّةِ من الثُّلُثِ حالَ المَوْتِ ، فمهما خَرَجَ من الثُّلُثِ تَبَيَّنَّا أنَّ العَطِيَّةَ صَحَّتْ فيه حالَ العَطِيَّةِ ، فإن نَمَا المُعْطَى ، أو كَسَبَ شَيْئًا ، قُسِمَ بين الوَرَثةِ وبين صاحِبِه ، على قَدْرِ مالَهما فيه ، فرُبَّما أفْضَى إلى الدَّوْرِ . فمن ذلك إذا أَعْتَقَ عَبْدًا لا مالَ له سِوَاهُ ، فكَسَبَ مثلَ قِيمَتِه فى حَيَاةِ سَيِّدِه ، فلِلْعَبْدِ من كَسْبِه بِقَدْرِ ما عَتَقَ منه ، وباقِيه لِسَيِّدِه ، فيَزْدادُ به مالُ السَّيِّدِ ، وتَزْدادُ الحُرِّيَّةُ لذلك ، ويَزْدادُ حَقُّه من كَسْبِه ، فيَنْقُصُ به حَقُّ السَّيِّدِ من الكَسْبِ ، ويَنْقُصُ بذلك قَدْرُ المُعْتَقِ منه ، فيُسْتَخْرَجُ ذلك بالجَبْرِ ، فيُقال : عَتَقَ من العَبْدِ شىءٌ ، وله من كَسْبِه شىءٌ ؛ لأنَّ كَسْبَه مثلُه ، ولِلْوَرَثةِ من العَبْدِ وكَسْبِه شَيْئانِ ، لأنَّ لهم مِثْلَىْ ما عَتَقَ منه ، وقد عَتَقَ منه شىءٌ ، ولا يُحْسَبُ على العَبْدِ مَا حَصَلَ له من كَسْبِه ؛ لأنَّه اسْتَحَقَّه بِجُزْئِه الحُرِّ لا من جِهَةِ سَيِّدِه ، فصارَ

---

(٥) فى الأصل : « عينه » .

(٦) فى الأصل ، ا : « بمريض » .

(٧) فى م : « يخوف » .

(٨) فى م : « يخالف » .

لِلْعَبْدِ شَيْئَانِ ، ولِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ من العَبْدِ و كَسْبِه ، فيُقْسَمُ العَبْدُ و كَسْبُه نِصْفَيْنِ ، يَعْتِقُ منه نِصْفُه ، وله نِصفُ كَسْبِه ، ولِلْوَرَثَةِ نِصْفُهُما . وإن كَسَبَ مِثْلَىْ قِيمَتِه ، فله من كَسْبِه شَيْئَانِ ، صارَ له ثَلَاثَةُ أشْياءٍ ، ولهم شَيْئَانِ ، فيُقْسَمُ العَبْدُ و كَسْبُه أخْماسًا ، يَعْتِقُ منه ثَلاثَةُ أخْمَاسِه ، وله ثَلاثَةُ أخْماسِ كَسْبِه ،/ ولِلْوَرَثَةِ خُمْسَاه وخُمْسَا كَسْبِه . وإن كَسَبَ ثَلاثَةَ أمْثالِ قِيمَتِه ، فله ثَلَاثَةُ أشْياء من كَسْبِه مع ما عَتَقَ منه ، ولهم شَيْئَانِ ، فيَعْتِقُ منه ثُلُثَاهُ ، وله ثُلُثَا كَسْبِه ، ولهم الثُّلُثُ منهما . وإن كَسَبَ نِصْفَ قِيمَتِه ، عَتَقَ منه شيءٌ ، وله نِصْفُ شيءٍ ، ولهم شَيْئَانِ ، فالجَمِيعُ ثَلاثَةُ أشْياءٍ ونِصْفٌ ، إذا بَسَطْتَها أنْصافًا صارَتْ سَبْعَةً ، له ثَلَاثَةُ أسْباعِها ، فيَعْتِقُ ثَلَاثَةُ أسْباعِه ، وله ثَلاثَةُ أسْباعِ كَسْبِه ، والباقى لهم . وإن كانت قِيمَتُه مائةً ، فكَسَبَ تِسْعةً ، فاجْعَلْ له من كلِّ دِينارٍ شيئًا ، فقُلْ : عَتَقَ منه مائةُ شيءٍ ، وله من كَسْبِه تِسْعَةُ أشْياءٍ ، ولهم مائتَا شيءٍ . فيَعْتِقُ منه مائةُ[9] جُزْءٍ وتسْعةُ أجْزاءٍ من ثلاثِمائةٍ وتِسْعَة ، وله من كَسْبِه مثلُ ذلك ، ولهم مائتَا جُزْءٍ من نَفْسِه ومائتَانِ من كَسْبِه . وإن كان على السَّيِّدِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ قِيمَتَه وقِيمَةَ كَسْبِه ، صُرِفَا فى الدَّيْنِ ، و لم يَعْتِقْ منه شيءٌ ؛ لأنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ على التَّبَرُّعِ ، وإن لم يَسْتَغْرِقْ قِيمَتَه وقِيمَةَ كَسْبِه ، صُرِفَ من العَبْدِ و كَسْبِه ما يَقْضِى[10] به الدَّيْنَ ، وما بَقِىَ منهما يُقْسَمُ على ما يُعْمَلُ فى العَبْدِ الكامِلِ و كَسْبِه . فلو كان على السَّيِّدِ دَيْنٌ كَقِيمَتِه[11] ، صُرِفَ فيه نِصْفُ العَبْدِ ، ونصْفُ كَسْبِه ، وقُسِمَ[12] الباقِى بين الوَرَثَةِ والعِتْقِ نِصْفَيْنِ . و كذلك بَقِيَّةُ الكَسْبِ ، وإن كَسَبَ العَبْدُ مثلَ قِيمَتِه ، ولِلسَّيِّدِ مالٌ مثلُ قِيمَتِه ، قَسَمْتَ العَبْدَ ومِثْلَىْ قِيمَتِه على الأشْياءِ الأَرْبَعةِ ، فلكلِّ شيءٍ ثَلَاثَةُ أرْباعٍ ، فيَعْتِقُ من العَبْدِ ثَلاثَةُ أرْباعِه ، وله ثَلَاثَةُ أرْباعِ كَسْبِه . ولو أعْتَقَ عبدًا قِيمَتُه عِشْرُونَ ، ثم أعْتَقَ عَبْدًا قِيمَتُه عَشَرَةٌ ،

---

(٩) سقط من : م .

(١٠) فى ا ، م : « يقتضى » .

(١١) فى ا : « كقيمة العبد » .

(١٢) فى ا ، م زيادة : « النصف » .

فكَسَبَ كلُّ واحِدٍ منهما مثلَ قِيمَتِه ، لَكَمَلَتِ الحُرِّيَّةُ فى العَبْدِ الأوَّلِ ، فيَعْتِقُ منه شىءٌ . وله من كَسْبِه شىءٌ ، ولِلْوَرَثَةِ شَيْئان ، ويُقْسَمُ العَبْدانِ وكَسْبُهُما على الأشْياءِ الأرْبَعةِ ، فيكونُ لكلِّ شىءٍ خَمْسَةَ عَشَرَ ، فيَعْتِقُ منه بقَدْرِ ذلك ، وهو ثَلاثةُ أرْباعِه ، وله ثَلاثةُ أرْباعِ كَسْبِه ، والباقِى لهم . وإن بدأ بعِتْقِ الأدْنَى عَتَقَ كلُّه ، وأخَذَ كَسْبَه ، ويَسْتَحِقُّ الوَرَثةُ من العَبْدِ / الآخر وكَسْبِه مِثْلَىِ العَبْدِ الذى عَتَقَ ، وهو نِصْفُه ونِصْفُ كَسْبِه ، ويَبْقَى نِصْفُه ونِصْفُ كَسْبِه بينهما نِصْفَيْنِ ، فيَعْتِقُ رُبْعُه ، وله رُبْعُ كَسْبِه ، ويَرِقُّ ثَلاثةُ أرْباعِه ، ويَتْبَعُه ثَلاثةُ أرْباعِ كَسْبِه ، وذلك مِثْلا[13] ما انْعتَقَ[14] منهما . وإن أعْتَقَ العَبْدَيْنِ دفْعةً واحِدَةً ، قَرَعْنا بينهما ؛ فمن خَرَجَتْ له قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ ، فحُكْمُه كما لو بَدَأَ بإعْتاقِه .

٤١/٦ و

فصل : وإن أعْتَقَ ثَلاثةَ أعْبُدٍ ، قِيمَتُهُم سَواءٌ ، وعليه دَيْنٌ بقَدْرِ قِيمةِ أحَدِهم ، وكَسَبَ أحَدُهم مثلَ قِيمَتِه ، أقْرَعْنا بينهم لإخْراجِ الدَّيْنِ ، فإن وَقَعَتْ على غير المُكْتَسِبِ[15] بِيعَ فى الدَّيْنِ ، ثم أقْرَعْنا بينَ المُكْتَسِبِ والآخرِ ، لأجْلِ الحُرِّيَّةِ ، فإن وقعتْ على غيرِ المُكْتَسِبِ[15] عَتَقَ كلُّه ، والمُكْتَسِبُ ومالُه لِلْوَرَثةِ ، وإن وَقَعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيّةِ على المُكْتَسِبِ ، عَتَقَ منه ثَلاثةُ أرْباعِه ، وله ثَلاثةُ أرْباعِ كَسْبِه ، وباقِيه وباقِى كَسْبِه والعَبْدُ الآخَرُ لِلْوَرَثةِ ، كما قُلْنا فيما إذا كان لِلسَّيِّدِ مالٌ بقَدْرِ قِيمَتِه . ولو وَقَعَتْ قُرْعَةُ الدَّيْنِ ابْتِداءً على المُكْتَسِبِ ، لَقَضَيْنا الدَّيْنَ بِنصفِه ونِصْفِ كَسْبِه ، ثم أقْرَعْنا بين باقِيه وبين العَبْدَيْنِ الآخَرَيْنِ فى الحُرِّيَّةِ ، فإن وَقَعَتْ على غيرِه عَتَقَ كلُّه ، ولِلْوَرَثةِ ما بَقِىَ ، وإن وَقَعَتْ على المُكْتَسِبِ ، عَتَقَ باقِيه ، وأخَذ باقِىَ كَسْبِه ، ثم نُقْرِعُ بين العَبْدَيْنِ لإتْمامِ الثُّلُثِ ، فمَن وَقَعَتْ عليه القُرْعةُ ، عَتَقَ ثُلُثُه ، وبَقِىَ ثُلُثاه ، والعَبْدُ الآخَرُ

---

(١٣) فى م : « مثل » .

(١٤) فى م : « أعتق » .

(١٥ - ١٥) سقط من : م .

لِلْوَرَثةِ . ولو كان العَبْدُ مَوْهُوبًا لإِنْسانٍ ، كان له من العَبْدِ وكَسْبِه مثلُ ما لِلْعَبْدِ من كَسْبِه ونَفْسِه ، فى هذه المَسائِلِ كلِّها .

فصل : وإن أعْتَقَ عَبْدَيْنِ مُتَساوِيَى[16] القِيمَةِ ، بِكَلِمةٍ واحِدَةٍ ، ولا مالَ له غيرُهما ، فماتَ أحَدُهما ، أُقْرِعَ بين الحَىِّ والمَيِّتِ ، فإن وَقَعَتْ على المَيِّتِ فالحَىُّ رَقِيقٌ ، وتَبَيَّنَ أنَّ المَيِّتَ نِصْفُه حُرٌّ ؛ لأنَّ مع الوَرَثةِ مِثْلَىْ نِصْفِه ، وإن وَقَعَتْ على الحَىِّ عَتَقَ ثُلُثُه ، ولا يُحْسَبُ المَيِّتُ على الوَرَثةِ ؛ لأنَّه لم يَصِلْ إليهم .

فصل : رَجُلٌ أعْتَقَ عَبْدًا ، لا مالَ له سِواهُ ، قِيمَتُه عَشرةٌ ، فماتَ / قبلَ سَيِّدِه ، ٦/٤١ ظ وخَلَّفَ عِشْرِينَ ، فهى لِسَيِّدِه بالوَلَاءِ ، وتَبَيَّنَ أنَّه ماتَ حُرًّا ، وكذلك إن خَلَّفَ أرْبَعِينَ وبِنْتًا . وإن خَلَّفَ عَشرَةً ، عَتَقَ منه شىءٌ ، وله من كَسْبِه شىءٌ ، ولِسَيِّدِه شَيْئانِ ، وقد حَصَلَ فى يَدِ سَيِّدِه عَشرَةٌ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فتَبَيَّنَ أنَّ نِصْفَه حُرٌّ ، وباقِيَهُ[17] رَقِيقٌ ، والعَشرَةُ يَسْتَحِقُّها السَّيِّدُ ، نِصْفُها بحُكْمِ الرِّقِّ ، ونِصْفُها بالوَلَاءِ . فإن خَلَّفَ العَبْدُ ابْنًا ، فله من رَقَبَتِه شىءٌ ، ومن كَسْبِه شىءٌ ، يكونُ لأَبِيه بالمِيراثِ ، ولِسَيِّدِه شَيْئانِ ، فتُقْسَمُ العَشرَةُ على ثَلاثةٍ ، لِلابْنِ ثُلُثُها ، ولِلسَّيِّدِ ثُلُثاها ، وتَبَيَّنَ أنَّه عَتَقَ من العَبْدِ ثُلُثُه . وإن خَلَّفَ بِنْتًا ، فلها نِصْفُ شىءٍ ، ولِلسَّيِّدِ شَيْئانِ ، فصارَتِ العَشرَةُ على خَمْسَةٍ ، لِلْبِنْتِ خُمْسُها ، ولِلسَّيِّدِ أرْبعةُ أخْماسِها ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فتَبَيَّنَ أنَّ خُمْسَىِ العَبْدِ ماتَ حُرًّا . وإن خَلَّفَ العَبْدُ عِشْرِينَ وابْنًا ، فله من كَسْبِه شَيْئانِ ، يَكُونانِ لِابْنِه ، ولِسَيِّدِه شَيْئانِ ، فصارَتِ العِشْرُونَ بين السَّيِّدِ وبين ابْنِه نِصْفَيْنِ ، وتَبَيَّنَ أنَّه عَتَقَ منه نِصْفُه . فإن ماتَ الابنُ قبلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، وكان ابْنَ مُعْتَقِه ، وَرِثَهُ السَّيِّدُ ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أنَّ أباهُ ماتَ حُرًّا ، لِكَوْنِ السَّيِّدِ مَلَكَ عِشْرِينَ ، وهى مِثْلَا قِيمَتِه ، فعَتَقَ ، وجَرَّ وَلَاءَ ابْنِه إلى سَيِّدِه ، فوَرِثَه . وإن لم يكن ابنَ مُعْتَقِه ، لم يَنْجَرَّ وَلَاؤُه ، ولم يَرِثْهُ سَيِّدُ أَبِيه . وكذلك الحُكْمُ لو خَلَّفَ هذا الابنُ عِشْرِينَ ، ولم يُخَلِّفْ أبوه شَيْئًا ، أو مَلَكَ السَّيِّدُ عِشْرِينَ من أىِّ جِهَةٍ

---

(١٦) فى ا « متساوى » .

(١٧) فى م : « ونصفه » .

كانت . وإن لم يَمْلِكْ عِشْرِينَ ، لم يَنْجَرَّ وَلَاءُ الابنِ إليه ؛ لأنَّ أَباهُ لم يَعْتِقْ ، وإن عَتَقَ بعضُه ، جَرَّ من وَلَاءِ ابْنِه بِقَدْرِه ، فلو خَلَّفَ الابنُ عَشرَةً ، ومَلَكَ السَّيِّدُ خَمْسَةً ، فإنَّك تقول : عَتَقَ من العَبْدِ شىءٌ ، ويجُرُّ من وَلَاءِ أَبِيه مثلَ ذلك ، ويَحْصُلُ[18] له من مِيرَاثِه شىءٌ مع خَمْسَتِه ، وهما يَعْدِلَانِ شَيْئَيْنِ ، وباقِى العَشرَةِ لمَوْلَى أُمِّهِ ، فيُقْسَمُ بين السَّيِّدِ ومَوْلَى الأُمِّ نِصفَيْنِ ، وتَبيَّنَ أنَّه قد عَتَقَ من العَبْدِ نِصفُه ، وحَصَلَ لِلسَّيِّدِ خُمْسُه من مِيرَاثِ ابْنِه ، وكانت له خَمْسَةٌ ، وذلك مِثْلَا ما عَتَقَ من العَبْدِ . فإن ماتَ الابنُ فى حَياةِ أبِيه / قبلَ مَوْتِ سَيِّدِه ، وخَلَّفَ مالًا ، وحَكَمْنا بِعِتْقِ الأَبِ أو عِتْقِ بَعْضِه ، وَرِثَ مالَ ابْنِه[19] إن كان حُرًّا ، أو بِقَدْرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ إن كان بعضُه حُرًّا ، و لم يَرِثْ سَيِّدُه منه شَيْئًا . وفى هذه المَسائِلِ خِلَافٌ تَرَكْتُ ذِكْرَهُ كَرَاهةَ التَّطْوِيلِ .

٤٢/٦ و

فصل : فى المُحاباةِ فى المَرَضِ ، وهى أن يُعَاوِضَ بمالِه ، ويَسْمَحَ لمن عاوَضَه بِبَعْضِ عِوَضِه ، وهى على أقْسامٍ ؛ أحدها ، المُحابَاةُ فى البَيْعِ والشِّرَاءِ ، ولا يَمْنَعُ ذلك صِحَّةَ العَقْدِ ، فى قولِ الجُمْهورِ . وقال أهلُ الظاهِرِ : العَقْدُ باطِلٌ . ولَنا ، عُمُومُ قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وأَحَلَّ اللهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[20] . ولأنَّه تَصرُّفٌ صَدَرَ من أَهْلِه فى مَحَلِّه ، فصَحَّ ، كغَيْرِ المَرِيضِ . فلو باعَ فى مَرَضِه عَبْدًا لا يَمْلِكُ غيرَه ، قِيمتُه ثلاثُونَ بِعَشرَةٍ ، فقد حابَى المُشْتَرِىَ بثُلُثَىْ مالِه ، وليس له المُحَاباةُ بأكْثَرَ من الثُّلُثِ ، فإن أجازَ الوَرَثَةُ ذلك لَزِمَ البَيْعُ ، وإن لم يُجيزُوا فاخْتارَ المُشْتَرِى فَسْخَ البَيْعِ فله ذلك ؛ لأنَّ الصَّفْقةَ تَبعَّضَتْ عليه ، وإن اخْتارَ إمْضاءَ البَيْعِ ، فالصَّحِيحُ عندى أنَّه يَأْخُذُ نِصْفَ المَبيعِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ ، ويُفْسَخُ البَيْعُ فى الباقِى . وهذا أحَدُ الوَجْهَيْنِ لأَصْحابِ الشافِعِىِّ . والوَجْهُ الثانى أنَّه يَأْخُذُ ثُلُثَىِ المَبِيعِ بالثَّمَنِ كله . وإلى هذا أشارَ القاضى فى نحوِ هذه المَسْأَلةِ ؛

---

(١٨) فى ا : « ويجعل » .

(١٩) فى الأصل : « أبيه » .

(٢٠) سورة البقرة ٢٧٥ .

لأنَّه يَستَحِقُّ الثُّلُثَ بالمُحاباةِ ، والثُّلُثَ الآخَرَ بالثَّمَنِ . وقال أهلُ العِراقِ : يُقال له : إن شِئتَ أدَّيتَ عَشرَةً أُخرَى وأخذْتَ المَبيعَ ، وإن شِئتَ فَسَخْتَ ولا شيءَ لك . وعند مالِكٍ : له أن يَفسَخَ ويأْخُذَ ثُلُثَ المَبيعِ بالمُحاباةِ ، ويُسَمِّيه أصْحابُه خُلْعَ الثُّلُثِ . ولَنا ، أنَّ فيما ذَكَرْناهُ مُقابَلَةَ بَعْضِ المَبيعِ بِقِسْطِه من الثَّمنِ عندَ تَعذُّرِ أخْذِ جَمِيعِه بجَمِيعِه ، فصَحَّ ذلك ، كما لو اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ بثَمَنٍ ، فانْفَسَخَ البَيْعُ فى إحْدَاهما لِعَيْبٍ أو غيرِه ، أو كما لو اشْتَرَى شِقْصًا وسَيْفًا ، فأخَذَ الشَّفِيعُ الشِّقْصَ ، أو كالشُّفَعاءِ يأْخُذُ كلُّ واحدٍ منهم جُزْءًا من المَبيعِ بقِسْطِه ، أو كما لو اشْتَرَى قَفِيزًا يُساوِى ثَلاثِينَ ، بِقَفِيزٍ قِيمتُه عَشرَةٌ / . وأما الوَجْهُ الذى اخْتارَه القاضى فلا يَصِحُّ ؛ لأنَّه أوْجَبَ له المَبيعَ بثَمَنٍ ، فيَأْخُذُ بعضَه بالثَّمَنِ كلِّه ، فلا يَصِحُّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ هذا بمائةٍ . فقال : قَبِلْتُ نِصفَه بها . ولأنَّه إذا فَسَخَ البَيْعَ فى بَعْضِه ، وَجَبَ أن يَفسَخَه فى قَدْرِه من ثَمَنِه ، ولا يجوزُ فَسْخُ البَيْعِ فيه مع بَقاءِ ثَمَنِه ، كما لا يجوزُ فَسخ البَيْعِ فى الجَمِيعِ مع بَقاءِ ثَمَنِه . وأما قَوْلُ[21] أهلِ العِرَاقِ ، فإنَّ فيه إجْبارَ الوَرَثةِ على المُعَاوَضةِ على غيرِ[22] الوَجْهِ الذى عاوَضَ مُوَرِّثُهم[23] ، وإذا فَسَخَ البَيْعَ ، لم يَستَحِقَّ شَيْئًا ؛ لأن الوَصِيَّةَ إنَّما حَصَلَتْ فى ضِمْنِ البَيْعِ ، فإذا بَطَلَ البَيْعُ زالتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَيْنِه أن يَحُجَّ عنه بمائةٍ ، وأجْرُ مِثْلِه خَمْسُونَ ، فطَلَبَ الخَمْسِينَ[24] الفاضِلَةَ بدون الحَجِّ . وإن اشْتَرَى عَبْدًا يُساوِى عَشرَةً بثَلاثِينَ ، فإنَّه يَأْخُذُ نِصفَه بِنِصْفِ الثَّمنِ . وإن باعَ العَبْدَ الذى يُساوِى ثَلاثِينَ بخَمْسَةَ عَشَرَ ، جازَ البَيْعُ[25] فى ثُلُثَيْهِ[26] بثُلُثَى الثَّمنِ . وعلى قولِ القاضِى ، لِلْمُشْتَرِى خَمْسَةُ أسْدَاسِه بكلِّ الثمنِ ، وطَرِيقُ هذا أن تَنْسُبَ

٦/٤٢ ظ

---

(٢١) سقط من : م .

(٢٢) فى الأصل ، م زيادة : « هذا » .

(٢٣) فى الأصل ، ا : « مورثهم » .

(٢٤) فى ا زيادة : « الزائدة » .

(٢٥) فى م : « والبيع » .

(٢٦) فى م : « ثلثه » .

الثَّمَنَ وثُلُثَ المَبِيعِ إلى قِيمَتِه ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى مِقْدارِ[27] تلك النِّسْبةِ ، وهو خَمْسَةُ أسْداسِه . وعلى الوَجْهِ الأوَّل ، يَسْقُطُ الثَّمنُ من قِيمَةِ المَبِيعِ ، ويُنْسَبُ الثُّلُثُ إلى الباقِى ، فيَصِحُّ البَيْعُ فى قَدْرِ تلك النِّسْبَةِ ، وهو ثُلُثاه بثُلُثَىِ الثمنِ . فإن خَلَّفَ البائعُ عَشرَةً أُخْرَى ، فعلى الوَجْهِ الأوَّلِ ، يَصِحُّ البَيْعُ فى ثَمَانِيَةِ أتْساعِه بثَمَانِيَةِ أتْساعِ الثَّمنِ ، وعلى الوَجْهِ الثانى ، يَأْخُذُ المُشْتَرِى نِصْفَه وأرْبَعةَ أتْساعِه بجَمِيعِ الثَّمنِ ، ويَرُدُّ نِصْفَ تُسْعِه . وإن باعَ قَفِيزَ حِنْطةٍ يُسَاوِى ثَلَاثِينَ ، بقَفِيزٍ يُسَاوِى عَشرَةً ، أو بقَفِيزٍ يُسَاوِى خَمْسَةَ عَشَرَ ، تَعَيَّنَ الوَجْهُ الذى اخْتَرْناهُ فى قولِ القاضى ومَنْ وَافَقَه ؛ لأنَّ المُسَاواةَ هٰهُنا شَرْطٌ فى صِحَّةِ البَيْعِ ، ولا تَحْصُلُ بغيرِ هذا الوَجْهِ ، وطَرِيقُ حِسَابِها بالجَبْرِ فيما إذا باعَه بما يُسَاوِى ثُلُثَ قِيمَتِه ، أن نقولَ : يجوزُ البَيْعُ فى شىءٍ من الأرْفَعِ بشىءٍ من الأدْونِ ، وقِيمَتُه ثُلُثُ شىءٍ ، / فتكونُ المُحاباةُ بثُلُثَىْ شىءٍ ، ألْقِهِمَا[28] من الأرْفَعِ ، يَبْقَ[29] قَفِيزٌ إلا ثُلُثَىْ شىءٍ ، يَعْدِلُ مِثْلَىِ المُحاباةِ ، وذلك شىءٌ وثُلُثُ شىءٍ ، فإذا جَبَرْتَهُ[30] عَدَلَ شَيْئَيْنِ ، فالشىءُ نِصْفُ القَفِيزِ .

٤٣/٦ و

فصل : القسم الثانى ، المُحاباةُ فى التَّزْوِيجِ ؛ إذا تَزَوَّجَ فى مَرَضِه امْرأةً ، صَدَاقُ مِثْلِها خَمْسةٌ ، فأصْدَقَها عَشرَةً لا يَمْلِكُ سِوَاها ، ثم ماتَ ، فإن وَرِثَتْه بطَلَتِ المُحاباةُ ، إلَّا أن يُجِيزَها سائِرُ الوَرَثةِ ، وإن لم تَرِثْه لِكَوْنِها مُخَالِفةً له فى الدِّينِ أو غيرِ ذلك ، فلها مَهْرُها وثُلُثُ ما حَابَاها به . وإن ماتَتْ قبلَه ، فوَرِثَها ولم تُخَلِّفْ مالًا سِوَى ما أصْدَقَها ، دَخَلَها الدَّوْرُ ، فتَصِحُّ المُحاباةُ فى شىءٍ ، فيكون لها[31] خَمْسةٌ

---

(27) فى م : « قدر » .

(28) فى الأصل ، ا : « ألقها » .

(29) فى الأصل : « يبقى » .

(30) فى ا ، م : « جبر به » .

(31) فى م : « له » .

بالصَّدَاقِ ، وشيءٌ بالمُحاباةِ ، ويَبْقَى لِوَرَثةِ الزَّوْجِ خَمْسَةُ الأَشْياءِ ، ثم رَجَعَ إليهم بالمِيرَاثِ نِصْفُ مالِها ، وهو اثْنانِ ونِصْفٌ ونِصْفُ شيءٍ ، صارَ لهم سَبْعةٌ ونِصْفٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ وقَابِلْ ، يَخْرُجِ الشيءُ ثَلاثَةً[32] ، فكان لها ثَمانِيةٌ ، رَجَعَ إلى وَرَثةِ الزَّوْجِ نِصْفُها أَرْبَعةٌ ، صارَ لهم سِتَّةٌ ، ولِوَرَثَتِها أَرْبَعةٌ . فإن تَرَكَ الزَّوْجُ خَمْسةً أُخرَى ، قلتَ : يَبْقَى مع وَرَثةِ الزَّوْجِ اثْنَا عَشَرَ ونِصْفٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ[33] يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشيءُ خَمْسةٌ ، فجازَتْ لها المُحاباةُ جَمِيعُها ، ورَجَعَ جَمِيعُ ما حابَاها به إلى وَرَثةِ الزَّوْجِ ، وبَقِىَ[34] لِوَرَثَتِها صَدَاقُ مِثْلِها . وإن كان لِلْمَرْأةِ خَمْسةٌ ، ولم يكُنْ لِلزَّوْجِ شيءٌ ، قلتَ : يَبْقَى مع وَرَثةِ الزَّوْجِ عَشرَةٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشيءُ أَرْبَعةٌ ، فيكونُ لها بالصَّدَاقِ تِسْعةٌ مع خُمْسِها أَرْبعة عَشَرَ ، رَجَعَ إلى وَرَثةِ الزَّوْجِ نِصْفُها مع الدِّينارِ الذى بَقِىَ لهم ، صارَ لهم ثَمانِيةٌ ولِوَرَثَتِها سَبْعةٌ . وإن كان[35] عليها دَيْنٌ ثَلاثةٌ ، قلتَ : يَبْقَى مع وَرَثةِ الزَّوْجِ سِتَّةٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشيءُ دِينَارانِ وخُمْسانِ . والبابُ فى هذا أن تَنْظُرَ ما يَبْقَى فى يَدِ وَرَثةِ الزَّوْجِ ، فخُمْسَاهُ هو الشيءُ الذى صَحَّتِ المُحاباةُ فيه ؛ وذلك لأنَّه بعد الجَبْرِ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ونِصْفًا / ، والشيءُ هو خُمْسَا شَيْئَيْنِ ونِصْفٍ ، وإن شِئْتَ أَسْقَطْتَ خَمْسةً ، وأَخَذْتَ نِصْفَ ما تَبَقَّى[36] . 　　٤٣/٦ ظ

فصل : القسم الثالث ، أن يُخَالِعَها فى مَرَضِها بأَكْثَرَ من مَهْرِها ، فمذهبُ أحمدَ أنَّ لِوَرَثَتِها أن لا يُعْطُوه أَكْثَرَ من مِيرَاثِه منها ، فيكونُ له الأَقَلُّ من العِوَضِ أو مِيرَاثُه منها . وبهذا قال أبو حنيفةَ إن خالَعَها بعد دُخُولِه بها ، وماتتْ[37] قبل انْقِضاءِ عِدَّتِها ؛ لأنَّها

---

(٣٢) فى الأصل ، ا : « ثلثه » .
(٣٣) سقط من : ا .
(٣٤) فى ا : « ويبقى » .
(٣٥) سقط من : م .
(٣٦) فى ا : « بقى » .
(٣٧) فى م : « ومات » .

مُتَّهمةٌ فى أنها قصَدَتْ إيصالَ أكْثَرَ من مِيرَاثِه إليه . وعند مالِكٍ : إن زادَ على مَهْرِ المِثْلِ ، فالزِّيَادةُ مَرْدُودَةٌ . وعن مالِكٍ ، أنَّ خُلْعَ المَرِيضَةِ باطِلٌ . وقال الشافِعِىُّ : الزِّيادةُ على مَهْرِ المِثْلِ مُحاباةٌ تُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ . وقال أبو حنيفةَ : إن خَالَعَها قبلَ دُخُولِه بها ، أو ماتَ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، فالعِوَضُ من الثُّلُثِ ، ومِثَالُ ذلك : امْرَأةٌ اخْتَلَعَتْ من زَوْجِها بثَلَاثِينَ ، لا مالَ لها سِوَاها ، وصَدَاقُ مِثْلِها اثْنَا عَشَرَ ، فله خَمْسَةَ عَشَرَ ، سواءٌ قَلَّ صَدَاقُها أو كَثُرَ ؛ لأنَّها قَدْرُ مِيرَاثِه . وعند الشافِعِىِّ : له ثَمانِيَةَ عَشَرَ ، اثْنَا عَشَرَ لأنَّها قَدْرُ صَدَاقِها ، وثُلُثُ باقِى المالِ بالمُحاباةِ وهو سِتَّةٌ . وإن كان صَدَاقُها سِتَّةً ، فله[38] أرْبعةَ عَشَرَ ؛ لأنَّ ثُلُثَ الباقِى ثمانِيةٌ . مَرِيضٌ تَزَوَّجَ امْرَأةً على مائةٍ لا يَمْلِكُ غيرَها ، ومَهْرُ مِثْلِها عَشَرَةٌ ، ثم مَرِضَتْ ، فاخْتَلَعَتْ منه بالمائةِ ، ولا مالَ لها سِوَاها ، فلها مَهْرُ مِثْلِها ، ولها شىءٌ بالمُحاباةِ ، والباقِى له ، ثم رَجَعَ[39] إليه نِصْفُ مالِها بالمُحاباةِ ، وهو خَمْسَةٌ ونِصْفُ شىءٍ ، فصارَ مع وَرَثَتِه خَمْسَةٌ وتِسْعُونَ إلَّا نِصْفَ شىءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فبَعْدَ الجَبْرِ يَخْرُجُ الشىءُ ثَمانِيَةً وثَلَاثِينَ ، فقد صَحَّ لها بالصَّدَاقِ والمُحاباةِ ثمانِيةٌ وأرْبَعُونَ ، وبَقِىَ[40] مع وَرَثَتِه اثْنَانِ وخَمْسُونَ ، ورجَعَ إليهم بالخلْعِ أرْبَعةٌ وعِشْرُونَ ، فصارَ معهم سِتَّةٌ وسَبْعُونَ ، وبَقِىَ لِلْمَرْأةِ أرْبَعةٌ وعِشْرُونَ . وعند الشافِعِىِّ ، يَرْجِعُ إليهم صَدَاقُ المِثْلِ وثُلُثُ شىءٍ بالمُحاباةِ ، فصار بأَيْدِيهِم مائةٌ إلَّا ثُلُثَىْ شىءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشىءُ ثَلَاثةُ أثْمانِها ، وهو سَبْعَةٌ وثَلَاثُونَ ونِصْفٌ ، فصارَ لها ذلك ومَهْرُ المِثْلِ ، رَجَعَ إليه / مَهْرُ المِثْلِ وثُلُثُ الباقِى اثْنا عشَرَ ونِصْفٌ ، فيَصِيرُ بأَيْدِى وَرَثَتِه خَمْسةٌ وسَبْعُونَ ، وهو مِثْلَا مُحابَاتِها . وعند أبى حنيفةَ ، يَرْجِعُ إليهم [41]ثُلُثُ العُشْرِ[41] وثُلُثُ الشىءِ ، فصارَ معهم ثَلَاثةٌ وتِسْعُونَ وثُلُثٌ إلَّا ثُلُثَىْ شىءٍ ، فالشىءُ ثَلَاثةُ أثْمانِها ، وهو خَمْسَةٌ

٤٤/٦ و

---

(٣٨) فى ا : « فلها » .

(٣٩) فى ا : « يرجع » .

(٤٠) فى ا : « ويبقى » .

(٤١ – ٤١) فى ا : « العشرة » .

وثَلاثُونَ مع العَشرَةِ ، صارَ لها خَمْسةٌ وأَرْبَعُونَ ، رَجعَ إلى الزَّوْجِ ثُلُثُها ، صارَ لِوَرَثَتِها ثَلاثُونَ ولِوَرَثَتِه سَبْعُونَ ، هذا إذا ماتَتْ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها . وإن تَرَكَتِ المَرْأَةُ مائةً أخرى ، فعلى قَوْلِنا يَبْقَى مع وَرَثَةِ الزَّوْجِ مائةٌ وخَمْسَةٌ وأَرْبَعُونَ إلَّا نِصفَ شيءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشيءُ خُمْسَا ذلك ، وهو ثمانِيةٌ وخَمْسُونَ ، وهو الذى صَحَّتِ المُحاباةُ فيه ، فلها ذلك وعَشرَةٌ بالمِثْلِ ، صارَ لها مائةٌ وثمانِيَةٌ وسِتُّونَ ، رَجعَ إلى الزَّوْجِ نِصْفُها أَرْبعةٌ وثَمانُونَ ، وكان الباقِى معه اثْنانِ وثَلاثُونَ ، صارَ له مائةٌ وسِتَّةَ عَشَرَ ، ولِوَرَثَتِها أَرْبعةٌ وثَمانون[42] .

فصل : فى الهِبَةِ ؛ رَجُلٌ وَهَبَ أخاه مائةً لا يَمْلِكُ غيرَها ، فقَبَضَها ، ثم ماتَ ، وخَلَفَ بِنْتًا ، فقد صَحَّتِ الهِبَةُ فى شيءٍ ، والباقِى لِلْواهِبِ ، ورَجعَ إليه بالمِيراثِ نِصْفُ الشيءِ الذى جازَتِ الهِبَةُ فيه ، صارَ معه مائةٌ[43] إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشيءُ خُمْسَا ذلك أَرْبَعُونَ ، رَجَعَ إلى الواهِبِ نِصْفُها عِشْرُونَ ، صارَ معه ثَمانُونَ[44] ، وبَقِىَ لِوَرَثَةِ أخِى الواهِبِ عِشْرُونَ . وطَرِيقُها بالباب[45] أن تَأْخُذَ عَدَدًا لِثُلُثِه نِصْفٌ ، وهو سِتَّةٌ ، فتَأْخُذَ ثُلُثَه اثْنَيْنِ ، وتُلْقِىَ نِصْفَه سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمٌ ، فهو لِلْمَوْهُوبِ له ، ويَبْقَى لِلْواهِبِ أَرْبَعةٌ ، فتَقْسِمَ المائةَ سَهْمٍ[46] على خَمْسَةٍ ، والسَّهْم الذى أَسْقَطْتَه لا يُذْكَرُ ؛ لأنَّه يَرْجِعُ على جَمِيعِ السِّهامِ الباقِيَةِ بالسَّوِيَّةِ ، فيَجِبُ اطِّراحُه ، كالسِّهامِ الفاضِلَةِ عن الفُرُوضِ فى مَسْأَلَةِ الرَّدِّ . وشِبهُ هذه المَسْأَلةِ من مَسائِلِ الرَّدِّ ، أُمٌّ وأُخْتانِ ، فلِلأُخْتَيْنِ أَرْبَعةٌ ، وللأُمِّ سَهْمٌ ، ويَسْقُطُ ذِكْرُ السَّهْمِ السادِسِ . /ولو كان تَرَكَ اثْنَتَيْنِ ، ضَرَبْتَ ثَلاثَةً فى ثَلاثَةٍ ، صارَتْ تِسْعةً ، وأَسْقَطْتَ ٦/٤٤ ظ

(٤٢) فى م : « وثلاثون » .

(٤٣) فى ا زيادة : « ونصف » .

(٤٤) فى م : « ثلاثون » .

(٤٥) كذا بالنسخ ، وهو يعنى بابها فى الحساب .

(٤٦) فى الأصل ، ا : « بينهما » .

منها سَهْمًا [٤٧] بَقِىَ ثَمانيةٌ ، فهى المالُ ، وخُذِ الثُّلُثَ ثلاثةً ، وأسْقِطْ منهما سَهْمًا [٤٧] ، يَبْقَى سَهْمانِ ، فهى التى تَبْقَى لِوَرَثِةِ المَوْهُوبِ له ، ويَبْقَى سِتَّةٌ لِلْواهِبِ ، وهى مِثْلَا ما جازَتِ الهِبَةُ فيه . وإن خَلَفَ امْرَأةً وبِنْتًا ، فمَسْألَتُها من ثَمانِيَةٍ ، تَضْرِبُها فى ثَلاثةٍ تكونُ أرْبَعةً وعِشْرِينَ تُسْقِطُ منها الثَّلاثةَ التى وَرِثَها الواهِبُ ، يَبْقَى أحَدٌ وعِشْرُونَ ، فهى المالُ ، وتَأْخُذُ ثُلُثَ الأَرْبَعةِ والعِشْرِينَ ، وهى ثَمانِيةٌ ، تُلْقِى منها الثَّلاثةَ ، يَبْقَى خَمْسةٌ ، فهى الباقِيةُ لِوَرَثِةِ المَوْهُوبِ له ، والباقِى لِلْواهِبِ ، فتَقْسِمُ المائةَ على هذه السِّهامِ .

فصل : فإن وَهَبَ مَرِيضٌ مَرِيضًا مائةً ، لا يَمْلِكُ سِوَاها ، ثم عادَ المَوْهُوبُ له فوَهَبَها للأَوَّلِ ، ولا يَمْلِكُ سِوَاها ، فبالبابِ نَضْرِبُ ثَلاثةً فى ثَلاثةٍ ، ونُسْقِطُ منها سَهْمًا ، يَبْقَى ثَمانِيةٌ ، فَاقْسِمِ المائةَ عليها لكلِّ سَهْمَين [٤٨] خَمْسَةٌ وعِشْرُونَ ، ثم خُذْ ثُلُثَها ثَلاثةً ، أسْقِطْ منها سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمانِ ، فهو لِلْمَوْهُوبِ الأَوَّلِ ، وذلك هو الرُّبْعُ . وبِالجَبْرِ قد صَحَّتِ الهِبَةُ فى شىءٍ ، ثم صَحَّتِ الهِبَةُ الثانيةُ فى ثُلُثِه ، بَقِىَ لِلْمَوْهُوبِ الأَوَّلِ ثُلُثَا شىءٍ وللواهِبِ مائةٌ إلَّا ثُلُثَىْ شىءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ وقَابِلْ ، يَخْرُجِ الشىءُ سَبْعَةً وثَلاثِينَ ونِصْفًا ، رَجَعَ إلى الواهِبِ ثُلُثُها اثْنَا عَشَرَ ونِصْفٌ ، وبَقِىَ لِلْمَوْهُوبِ له خَمْسةٌ وعِشْرُونَ . فإن خَلَفَ الواهِبُ مائةً أُخْرَى ، فقد بَقِىَ مع الواهِبِ مائتَانِ إلَّا ثُلُثَىْ شىءٍ ، تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشىءُ ثَلاثَةُ أثْمانِها ، وذلك خَمْسةٌ وسَبْعُونَ ، رَجَعَ إلى الواهِبِ ثُلُثُها ، بَقِىَ مع وَرَثَتِه خَمْسُونَ .

فصل : فإن وَهَبَ رَجُلٌ رَجُلًا جارِيَةً ، فقَبَضَها المَوْهُوبُ له ووَطِئَها ، ومَهْرُها

(٤٧ - ٤٧) سقط من : م .

(٤٨) فى ا ، م : « سهم » .

ثُلُثُ قِيمَتِها ، ثم ماتَ الواهِبُ ولا شيءَ له سِوَاها ، وقِيمَتُها ثَلاثُونَ ، ومَهْرُها عَشَرَةٌ ، فقد صَحَّتِ الهِبَةُ فى شىءٍ ، وسَقَطَ عنه من مَهْرِها ثُلُثُ شيءٍ ، وبَقِىَ لِلْواهِبِ أرْبَعُونَ إلَّا شيئًا وثُلُثًا يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، اجْبُرْ وقَابِلْ ، يَخْرُجِ الشيءُ ، خُمْسُ ذلك وعُشْرُه ، وهو اثْنَا عَشَرَ / وذلك خُمْسَا الجارِيَةِ . فقد صَحَّتِ الهِبَةُ فيه ، ويَبْقَى لِلْوَاهِبِ ثَلاثَةُ أخْماسِها ، وله على المَوْهُوبِ له ثَلاثَةُ أخْماسِ مَهْرِها سِتَّةٌ . ولو وَطِئَها أجْنَبِىٌّ فكذلك ، ويكونُ عليه مَهْرُها ، ثَلاثَةُ أخْمَاسِه لِلْواهِبِ ، وخُمْسَاه لِلْمَوْهُوبِ له ، إلَّا أنَّ نُفوذَ الهِبَةِ فيما زادَ على الثُّلُثِ منها[49] مَوْقُوفٌ على حُصُولِ المَهْرِ من الواطِئِ ، فإن لم يَحْصُلْ منه شيءٌ ، لم تَزِدِ الهِبَةُ على ثُلُثِها . وكلَّما حَصَلَ منه شيءٌ نَفَذَتِ الهِبَةُ فى الزِّيادَةِ بَقَدْرِ ثُلُثِه . وإن وَطِئَها الواهِبُ ، فعليه من عَقْرِهَا بِقَدْرِ ما جازَتِ الهِبَةُ فيه ، وهو ثُلُثُ شيءٍ ، يَبْقَى معه ثَلاثُونَ إلَّا شَيْئًا وثُلُثًا[50] ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشيءُ تِسْعَةٌ ، وهو خُمْسُ الجارِيَةِ ، وعُشْرُها وسَبْعَةُ أعْشارِها لِوَرَثَةِ الواطِئِ ، وعليهم عَقْرُ الذى جازَتِ الهِبَةُ فيه ثُلُثُه[50] ، فإن أخَذَ من الجارِيَةِ بِقَدْرِها ، صارَ له خُمْسَاها .

٦/٤٥ و

فصل : وإن وَهَبَ مَرِيضٌ رَجُلًا عَبْدا ، لا يَمْلِكُ غيرَه ، فقَتَلَ العَبْدُ الواهِبَ ، قِيلَ لِلْمَوْهُوبِ له : إمَّا أن تَفْدِيَه ، وإمَّا أن تُسَلِّمَه ، فإن اخْتارَ تَسْلِيمَه سَلَّمَه كلَّه ، نِصْفَه بالجِنَايةِ ، ونِصْفَه لِانْتِقاصِ الهِبَةِ فيه ؛ وذلك لأنَّ العَبْدَ كلَّه قد صارَ إلى وَرَثَةِ الواهِبِ ، وهو مِثْلَا نِصْفِه ، فتَبَيَّنَ أنَّ الهِبَةَ جازَتْ فى نِصْفِه . وإن اخْتَارَ فِدَاءَه ففيه[50] رِوَايَتانِ ؛ إحداهما ؛ يَفْدِيه بأقَلِّ الأمْرَيْنِ من [51]قِيمَةِ نَصِيبِه منه[51] أو أرْشِ جِنَايَتِه . والأُخرى ، يَفْدِيه بِقَدْرِ ذلك من أرْشِ جِنَايَتِه ، بالِغَةً ما بَلَغَتْ . فإن كانت قِيمَتُه دِيَةً ، فإنَّك تقولُ: صَحَّتِ الهِبَةُ فى شيءٍ ، وتَدْفَعُ إليهم نِصْفَ العَبْدِ وقِيمَةَ نَصْفِه ، وذلك يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ،

(٤٩) فى ا ، ب ، م : « منهما » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١ – ٥١) فى الأصل : « قيمته » .

فتبيَّنَ أنَّ الشيءَ نِصْفُ العَبْدِ ، وإن كانت قِيمَتُه دِيَتَيْنِ ، واختارَ دَفْعَه ، فإنَّ الهِبَةَ تجوزُ فى شيءٍ ، وتَدْفَعُ إليهم نِصْفَه ، يَبْقَى معهم عَبْدٌ إلَّا نِصْفَ شيءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشيءُ خُمْسَاه ، ويُرَدُّ إليهم ثَلاثَةُ أخْمَاسِه ؛ لِانْتِقاصِ الهِبَةِ ، وخُمْسًا من أجْلِ جِنَايَتِه ، فيَصِيرُ لهم أرْبعةُ أخْمَاسِه ، وذلك مِثْلَا ما جازَتِ الهِبَةُ / فيه . وإن اختارَ فِدَاءَه ، فَدَاهُ بِخُمْسَيِ الدِّيَةِ ، ويَبْقَى لهم ثَلاثَةُ أخماسِه وخُمْسَا الدِّيَةِ ، وهى بمَنْزِلَةِ خُمْسٍ منه ، ويَبْقَى له خُمْسَاه . وإن كانت قِيمَتُه نِصْفَ الدِّيَةِ أو أقَلَّ ، وقُلْنا : نَفْدِيه بأَرْشِ جِنَايَتِه . نَفَذَتِ الهِبَةُ فى جَمِيعِه ؛ لأنَّ أرْشَها أكْثَرُ من مِثْلَيْ قِيمَتِه أو مِثْلَيْها . وإن كانت قِيمَتُه ثَلاثَةَ أخْماسِ الدِّيَةِ ، فاخْتارَ فِدَاءَه بالدِّيَةِ ، فقد صَحَّتِ الهِبَةُ فى شيءٍ ، ويَفْدِيه بشيءٍ وثُلُثَيْنِ ، فصار مع الوَرَثةِ عَبْدٌ وثُلُثَا شيءٍ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فالشيءُ ثَلاثَةُ أرْباعٍ ، فتَصِحُّ الهِبَةُ فى ثَلاثَةِ أرْباعِ العَبْدِ ، ويَرْجِعُ إلى الواهِبِ رُبْعُه مائةٌ وخَمْسُونَ ، وثَلاثَةُ أرْباعِ الدِّيَةِ سَبْعُمائةٍ وخَمْسُونَ ، صارَ الجَمِيعُ تِسْعَمائةٍ ، وهو مِثْلَا ما صَحَّتِ الهِبَةُ فيه . فإن تَرَكَ الواهِبُ مائةَ دِينارٍ ، فاضْمُمْها إلى قِيمَةِ العَبْدِ ، فإن اخْتارَ دَفْعَ العَبْدِ ، دَفَعَ ثُلُثَه ورُبْعَه ، وذلك قَدْرُ نِصْفِ جَمِيعِ المالِ بالجِنَايةِ وباقِيه لِانْتِقاصِ الهِبَةِ ، فيَصِيرَ للوَرَثَةِ[٥٢] العَبْدُ والمائةُ ، وذلك مِثْلَا ما جازَتِ الهِبَةُ فيه . وإن اخْتارَ الفِدَاءَ ، فقد عَلِمْتَ أنَّه يَفْدِى ثَلاثَةَ أرْبَاعِه إذا لم يَتْرُكْ شيئًا ، فَزِدْ على ذلك ثَلاثَةَ أرْباعِ المائةِ ، يَصِيرُ ذلك سَبْعَةَ أثْمانِ العَبْدِ ، فنَفْدِيه[٥٣] بِسَبْعةِ أثْمانِ الدِّيَةِ .

فصل : مَرِيضٌ أعْتَقَ عَبْدًا ، لا مالَ له سِوَاه ، قِيمَتُه مائةٌ ، فقَطَعَ إصْبَعَ سَيِّدِه خطأً ، فإنَّه يَعْتِقُ نِصْفُه ، وعليه نِصْفُ قِيمَتِه ، ويَصِير لِلسَّيِّدِ نِصْفُه ونِصْفُ قِيمَتِه ، وذلك مِثْلَا ما عَتَقَ منه ، وأَوْجَبْنا نِصْفَ قِيمَتِه عليه ؛ لأنَّ عليه من أرْشِ جِنَايَتِه بِقَدْرِ ما عَتَقَ منه . وحِسَابُها أن تقولَ : عَتَقَ منه شيءٌ ، وعليه شيءٌ لِلسَّيِّدِ ، فصارَ مع السَّيِّدِ عَبْدٌ إلَّا شَيْئًا ، وشيءٌ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فأسْقِط شيئًا بِشَيءٍ ، بَقِىَ ما معه من العَبْدِ يَعْدِلُ شيئًا

(٥٢) سقط من : م .

(٥٣) فى م : « ففيه » .

مثلَ ما عَتَقَ منه . ولو كانت قِيمَةُ العَبْدِ مائَتَيْنِ ، عَتَقَ خُمْسَاه ؛ لأنَّه يَعْتِقُ منه شيءٌ ، وعليه نِصْفُ شيءٍ لِلسَّيِّدِ ، فصار لِلسَّيِّدِ نِصْفُ شيءٍ[٥٤] ، وبَقِيَّةُ العَبْدِ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فيكونُ بَقِيَّةُ العَبْدِ يَعْدِلُ شيئًا ونِصْفًا ، وهو ثَلَاثَةُ أخْماسِه ، والشيءُ الذى عَتَقَ خُمْسَاهُ . وإن كانت قِيمَتُه خَمْسِينَ أو أقَلَّ ، عَتَقَ كلُّه لأنَّه يَلْزَمُه مائةٌ ، وهى مِثْلَاه أو أكْثَرُ . وإن كانت /قِيمَتُه سِتِّينَ ، قُلْنا : عَتَقَ منه شيءٌ ، وعليه شيءٌ وثُلُثَا شيءٍ لِلسَّيِّدِ ، مع بَقِيَّةِ العَبْدِ ، يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فبَقِيَّةُ العَبْدِ إذًا ثُلُثُ شيءٍ ، فيَعْتِقُ منه ثَلاثةُ أرْباعِه . وعلى هذا القِيَاسُ إلَّا أنَّ ما زادَ من[٥٥] العِتْقِ على الثُّلُثِ ، يَنْبَغِى أن يَقِفَ على أدَاءِ ما يُقَابِلُه من القِيمَةِ ، كما إذا دَبَّرَ عَبْدًا وله دَيْنٌ فى ذِمَّةِ غَرِيمٍ له ، فكلَّما اقْتَضَى من القِيمَةِ شيئًا ، عَتَقَ من المَوْقُوفِ بِقَدْرِ ثُلُثِه .

٤٦/٦ و

فصل : فإن أعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، دَفْعةً واحِدَةً ، قِيمَةُ أحَدِهِما مائةٌ والآخرِ مائةٌ وخَمْسُونَ ، فجَنَى الأدْنَى على الأرْفَعِ جِنَايةً نَقَصَتْه ثُلُثَ قِيمَتِه ، وأرْشُها كذلك ، فى حَياةِ سَيِّدِهِما ، ثم ماتَ ، أقْرَعْنا بين العَبْدَيْنِ ، فإن وَقَعَتْ على الجانِى عَتَقَ منه أرْبعةُ أخْمَاسِه ، وعليه أرْبعةُ أخْماسِ أرْشِ جِنَايَتِه ، وبَقِىَ لِوَرَثةِ سَيِّدِه خُمْسُه وأرْشُ جِنايَتِه والعَبْدُ الآخَر ، وذلك مائةٌ وسِتُّونَ ، وهو مِثْلَا ما عَتَقَ منه . وحِسَابُها أن تقولَ : عَبْدٌ[٥٦] عَتَقَ منه شيءٌ ، وعليه نِصْفُ شيءٍ ؛ لأنَّ جِنَايَتَه بِقَدْرِ نِصْفِ قِيمَتِه ، بَقِىَ لِلسَّيِّدِ نِصْفُ شيءٍ ، وبَقِيَّةُ العَبْدَيْنِ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ ، فعَلِمْتَ أنَّ بَقِيَّةَ العَبْدَيْنِ شيءٌ ونِصْفٌ ، فإذا أضَفْتَ إلى ذلك الشيءَ الذى عَتَقَ ، صارَا جَمِيعًا يَعْدِلانِ شَيْئَيْنِ ونِصْفًا ، فالشيءُ الكامِلُ خُمْسَاهُما ، وذلك أرْبَعةُ أخْماسِ أحَدِهِما . وإن وَقَعَتْ قُرْعَةُ الحُرِّيَّةِ على المَجْنِى عليه ، عَتَقَ ثُلُثُه ، وله ثُلُثُ أرْشِ جِنايَتِه ، يَتَعَلَّقُ بِرَقَبةِ الجانِى ، وذلك تُسْعُ الدِّيَةِ ؛ لأنَّ الجِنَايةَ على مَن ثُلُثُه حُرٌّ تُضْمَنُ بِقَدْرِ ما فيه من الحُرِّيَّةِ والرِّقِّ ،

---

(٥٤) فى م : « الشىء » .

(٥٥) فى م : « فى » .

(٥٦) سقط من : الأصل .

والواجِبُ له من الأَرْشِ[٥٧] يَسْتَغرِقُ قِيمَةَ الجانِى ، فيَسْتَحِقُّه بها ، ولا يَبْقَى لِسَيِّدِه مالٌ سِوَاهُ فيَعْتِقُ ثُلُثُه ، ويَرِقُّ ثُلُثاهُ . وإن أعْتَقَ عَبْدَيْنِ ، قِيمَةُ أحَدِهما خَمْسُونَ ، وقِيمَةُ الآخَرِ / ثَلاثُونَ ، فجَنَى الأدْنَى على الأرْفَعِ ، فنَقَصَه حتى صارَتْ قِيمَتُه أرْبَعِينَ ، أقْرَعْنا بينهما ، فإن خَرَجَتِ القُرْعَةُ للأدْنَى ، عَتَقَ منه شىءٌ ، وعليه ثُلُثُ شَىءٍ ، فبَعْدَ الجَبْرِ تَبَيَّنَ أنَّ العَبْدَيْنِ شَيْئانِ وثُلُثان ، فالشىءُ ثَلاثةُ أثْمانِهما ، وقِيمَتُها سَبْعُونَ ، فثَلاثةُ أثْمانِها سَبْعةٌ وعِشْرُونَ ورُبْعٌ[٥٨] وهى من الأدْنَى نِصْفُه وخُمْساه ونِصْفُ سُدُسِ عُشْرِه . وإن وَقَعَتْ على الآخَرِ ، عَتَقَ ثُلُثُه ، وحَقُّه من الجِنَايةِ أكْثَرُ من قِيمَةِ الجانِى ، فيَأْخُذُه بها ، أو يَفْدِيه المُعْتِقُ . وقد بَقِيَتْ فُرُوعٌ كَثِيرَة ، وفيما ذَكَرْنا ما يُسْتَدَلُّ به على غيرِه ، إن شاءَ اللهُ تعالى ، وكلُّ مَوْضِعٍ زادَ العِتْقُ على ثُلُثِ العَبْدَيْنِ من أجْلِ وُجُوبِ الأَرْشِ لِلسَّيِّدِ ، تكونُ الزِّيادَةُ مَوْقُوفةً على أداءِ الأَرْشِ ، كما ذَكَرْنا من قبلُ . واللهُ أعلمُ .

٩٧٢ - مسألة ؛ قال : (ومَنْ جَاوَزَ الْعَشْرَ سِنِينَ ؛ فوَصِيَّتُهُ جَائِزَةٌ إذَا وَافَقَ الْحَقَّ)

هذا المَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فإنَّه قال ، فى رِوَايةِ صالِحٍ ، وحَنْبَلٍ : تجوزُ وَصِيَّتُه إذا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ . قال أبو بكرٍ : لا يَخْتَلِفُ المَذْهَبُ أنَّ مَنْ له عَشْرُ سِنِينَ ، تَصِحُّ وَصِيَّتُه ، ومَنْ له دُونَ السَّبْعِ لا تَصِحُّ وَصِيَّتُه ، وما بين السَّبْعِ والعَشْرِ فعلَى رِوَايَتَيْنِ . وقال ابنُ أبى موسَى : لا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الغُلَامِ لدُونِ العُشْرِ ولا الجارِيَةِ[١] ، قولًا واحِدًا ، وما زادَ على العَشْرِ فتَصِحُّ ، على المَنْصُوصِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، لا تَصِحُّ حتى

---

(٥٧) فى الأصل : « أرش » .

(٥٨) فى حاشية م : « صوابه ستة وعشرون وربع وهى من الأدنى نصفه وربعه وثمنه » . وهو حق .

(١) فى حاشية الأصل : « لدون تسع » .

يَبْلُغَ . وقال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ : تَصِحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِىِّ إذا عَقَلَ . ورُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه أجازَ وَصِيَّةَ الصَّبِىِّ ، وهو قولُ عمرَ بن عبد العَزيزِ ، وشُرَيْحٍ ، وعَطاءٍ ، والزُّهْرِىِّ ، وإياسٍ ، وعبدِ الله بن عُتْبَةَ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، ومالِكٍ ، وإسحاقَ . قال إسحاقُ : إذا بَلَغَ اثْنَتَى عَشرَةَ . وحَكَاهُ ابنُ المُنْذِرِ عن أحمدَ . وعن ابنِ عَبّاسٍ : لا تَصِحُّ وَصِيَّته حتى يَبْلُغَ . وبه قال الحَسَنُ ، ومُجاهِدٌ ، وأصْحابُ الرأْىِ . وللشّافِعِىِّ قَوْلانِ ، كالمَذْهَبَيْنِ . واحْتَجُّوا بأنَّه تَبَرُّعٌ بالمالِ ، فلا يَصِحُّ من الصَّبِىِّ ، كالهِبَةِ والعِتْقِ ، ولأنَّه لا يُقْبَلُ إقْرارُه ، فلا تَصِحُّ وَصِيَّته ، كالطِّفْلِ . ولَنا ، ما/رُوِىَ ، أنَّ صَبِيًّا من غَسَّانَ ، له عَشْرُ سِنِينَ ، أوْصَى لأَخْوالٍ له ، فرُفِعَ ذلك إلى عمرَ بن الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فأجازَ وَصِيَّته . رَوَاهُ سَعِيدٌ . ورَوَى مالِكٌ ، فى « مُوَطَّإِه »[2] عن عبدِ الله بن أبى بكرٍ ، عن أبِيه ، أنَّ عَمْرَو بن سُلَيْمٍ أخْبَرَه ، أنَّه قِيلَ لِعمرَ بن الخَطّابِ : إنَّ ههُنا غُلَامًا يَفاعًا لم يَحْتَلِمْ ، وَوَرَثَتُه بالشّامِ ، وهو ذو مالٍ ، وليس له ههُنا إلَّا ابْنَةَ عَمٍّ له ، فقال عمرُ : فَلْيُوصِ لها . فأَوْصَى لها بمالٍ يقال له بِئْرُ جُشَم . قال عَمْرُو بن سُلَيْمٍ : فَبِعْتُ ذلك المال بثَلَاثِينَ ألْفًا . وابْنةُ عَمِّه التى أوْصَى لها هى أُمُّ عَمْرِو بن سُلَيْمٍ . قال أبو بكرٍ : وكان الغُلَامُ ابنَ عَشْرٍ أو اثْنَتَى عَشرَةَ سَنَةً . وهذه قِصَّةٌ انْتَشَرَتْ فلم تُنْكَرْ ، ولأنَّه تَصَرُّفٌ تَمَحَّضَ نَفْعًا لِلصَّبِىِّ ، فصَحَّ منه ، كالإِسْلامِ والصَّلَاةِ ، وذلك لأنَّ الوَصِيَّةَ صَدَقَةٌ يَحْصُلُ ثَوابُها له بعد غِنَاه عن مِلْكِه ومالِه ، فلا يَلْحَقُه ضَرَرٌ فى عاجِلِ دُنْياه ولا أُخْراه ، بخِلَافِ الهِبَةِ والعِتْقِ المُنْجَزِ ، فإنَّه يُفَوِّتُ من مالِه ما يَحْتاجُ إليه ، وإذا رُدَّتْ رَجَعَتْ إليه ، وههُنا لا يَرْجِعُ إليه بالرَّدِّ ، والطِّفْلُ لا عَقْلَ له ، ولا يَصِحُّ إسْلَامُه ولا عِبَادَاتُه . وقوله : « إذا وافَقَ الحَقَّ » . يعنى

٤٧/٦ و

(٢) فى : باب ما يجوز وصية الصغير ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦٢/٢ .
كما أخرجه الدارمى ، فى : باب الوصية للغلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٤٢٤/٢ مختصرا . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى وصية الصغير ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٢٨٢/٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب وصية الغلام ، من كتاب الوصايا . المصنف ٧٨/٩ .

إذا وَصَّى بِوَصِيَّةٍ يَصِحُّ مِثْلُها من البالِغِ[٣] ، صَحَّتْ منه ، [٤]ومالا[٤] فلا . قال شُرَيْحٌ ، وعبدُ الله بن عُتْبَةَ ، وهما قاضِيَانِ : مَنْ أصابَ الحَقَّ أجَزْنَا وَصِيَّتَه .

فصل : فأما الطِّفْلُ ، وهو مَنْ له دون السَّبْعِ ، والمَجْنُونُ ، والمُبَرْسَمُ ، فلا وَصِيَّةَ لهم . وهذا قولُ أكْثَرِ أهْلِ العِلْمِ ، منهم ؛ حُمَيْدُ بن عبد الرحمنِ ، ومالِكٌ ، والأوْزاعِيُّ ، والشافِعِيُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، ومَنْ تَبِعَهُم . ولا نَعْلَمُ أحدًا خالَفَهُم إلَّا إياسَ بن مُعَاوِيَةَ ، قال فى الصَّبِىِّ والمَجْنُونِ[٥] : إذا وافَقَتْ وَصِيَّتُهُما[٦] الحَقَّ جازَتْ . وليس بصَحِيحٍ ؛ فإنَّه لا حُكْمَ لِكَلَامِهِما ، ولا تَصِحُّ عِبادَتُهُما ، ولا شىءٌ من تَصَرُّفاتِهِما ، فكذا الوَصِيَّةُ ، بل أوْلَى ، فإنَّه إذا لم يَصِحَّ إسْلَامُه وصَلَاتُه التى هى مَحْضُ نَفْعٍ لا ضَرَرَ فيها ، فلأنْ لا يَصِحَّ بَذْلُه المالَ يَتَضَرَّرُ به وارِثُه أوْلَى ، ولأنَّها تَصَرُّفٌ يَفْتَقِرُ / إلى إيجابٍ وقَبُولٍ ، فلا يَصِحُّ منهما ، كالبَيْعِ والهِبَةِ . ٤٧/٦ ظ

فصل : فأمَّا المَحْجُورُ عليه لِسَفَهٍ ، فإنَّ وَصِيَّتَه تَصِحُّ ، فى قِيَاسِ قولِ أحمدَ . قال الْخَبْرِىُّ : وهو قولُ الأكْثَرِينَ . وقال أبو الخَطّابِ : فى وَصِيَّتِه وَجْهانِ . ولَنا ، أنَّه عاقِلٌ تَصِحُّ وَصِيَّتُه ، كالصَّبِىِّ العاقِلِ ، ولأنَّ وَصِيَّتَه تَمَحَّضَتْ نَفْعًا له من غيرِ ضَرَرٍ ، فصَحَّتْ كَعِبادَاتِه . وأمَّا الذى يُجَنُّ أحْيانًا ، ويُفِيقُ أحْيانًا ، فإنْ وَصَّى حالَ جُنُونِه لم تَصِحَّ ، وإن وَصَّى فى حالِ عَقْلِه صَحَّتْ وَصِيَّتُه ؛ لأنَّه بمَنْزِلَةِ العُقَلَاءِ فى شَهَادَتِه ، ووُجُوبِ العِبَادَةِ عليه ، فكذلك فى وَصِيَّتِه وتَصَرُّفاتِه . ولا تَصِحُّ وَصِيَّةُ السَّكْرانِ . وقال أبو بكرٍ : فيه قَوْلانِ . يعنى وَجْهَيْنِ . ولَنا ، أنَّه ليس بعَاقِلٍ ، فلا تَصِحُّ وَصِيَّتُه ، كالمَجْنُونِ . وأمَّا إيقاعُ طَلَاقِه ، فإنَّما أوْقَعَه مَنْ أوْقَعَه تَغْلِيظًا عليه ، لِارْتِكَابِه المَعْصِيَةَ ، فلا يَتَعَدَّى هذا إلى وَصِيَّتِه ؛ فإنَّه لا ضَرَرَ عليه فيها ، إنَّما الضَّرَرُ على وارِثِه . وأمَّا

---

(٣) فى ا ، م : « البائع » .

(٤ – ٤) فى ا ، م : « وإلا » .

(٥) فى م زيادة : « إلا » .

(٦) فى م : « وصيتهم » .

الضَّعِيفُ فى عَقْلِه ، فإن مَنَعَ ذلك رُشْدَه فى مالِه ، فهو كالسَّفِيه ، وإلَّا فهو كالعاقِلِ .

فصل : وتَصِحُّ وَصِيَّةُ الأَخْرَسِ إذا فُهِمَتْ إشارتُه[7] ؛ لأنَّها أُقِيمَتْ مُقَامَ نُطْقِه فى طَلَاقِه ولِعَانِه وغيرِهما ، فإن لم تُفْهَمْ إشارَتُه ، فلا حُكْمَ لها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، والشافِعِىِّ ، وغيرِهما . فأمَّا النَّاطِقُ إذا اعْتُقِلَ لِسَانُه ، فعُرِضَتْ عليه وَصِيَّتُه ، فأشَارَ بها ، وفُهِمَتْ إشَارَتُه ، لم تَصِحَّ وَصِيَّتُه . ذَكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ . وقال الشافِعِىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : تَصِحُّ وَصِيَّتُه ؛ لأنَّه غيرُ قادِرٍ على الكَلَامِ ، أشْبَهَ الأَخْرَسَ . واحْتَجَّ ابنُ المُنْذِرِ بأنَّ رسولَ اللهِ ﷺ صَلَّى وهو قاعِدٌ ، فأشَارَ إليهم ، فقَعَدُوا . رَوَاهُ البُخَارِىُّ[8] . وخَرَّجَهُ ابنُ عَقِيلٍ وَجْهًا إذا اتَّصَلَ باعْتِقالِ لِسَانِه المَوْتُ . ولَنا ، أنَّه غيرُ مَأْيُوسٍ من نُطْقِه ، فلم تَصِحَّ وَصِيَّتُه بإشَارَتِه ، كالقادِرِ على الكَلَامِ . والخَبَرُ لا يُلْزِمُ ؛ فإنَّ النبىَّ ﷺ كان قادِرًا على الكَلَامِ ، ولا خِلَافَ فى أنَّ إشَارَةَ القادِرِ / لا تَصِحُّ بها وَصِيَّةٌ ولا إقْرَارٌ ، ففَارَقَ الأَخْرَسَ ، لأنَّه مَأْيُوسٌ من نُطْقِه .

٤٨/٦ و

فصل : وإن وَصَّى عَبْدٌ أو مُكَاتَبٌ أو مُدَبَّرٌ أو أُمُّ وَلَدٍ وَصِيَّةً ، ثم ماتُوا على الرِّقِّ ، فلا وَصِيَّةَ لهم ؛ لأنَّه لا مالَ لهم . وإن عَتَقُوا[9] ثم ماتُوا ولم يُغَيِّرُوا وَصِيَّتَهُمْ ، صَحَّتْ ؛ لأنَّ لهم قولًا صَحِيحًا وأهْلِيَّةً تامَّةً ، وإنَّما فارَقُوا الحُرَّ بأنَّهم لا مالَ لهم ، والوَصِيَّةُ تَصِحُّ مع عَدَمِ المالِ ، كما لو وَصَّى الفَقِيرُ الذى لا شىءَ له ، ثم اسْتَغْنَى . وإن قال أحَدُهُم : متى

---

(7) فى الأصل : « إشاراته » .

(8) فى : باب إنما جعل الإمام ليؤتم به ... ، من كتاب الأذان ، وفى : باب صلاة القاعد ، من كتاب التقصير ، وفى : باب الإشارة فى الصلاة ، من كتاب السهو ، وفى : باب إذا عاد مريضا فحضرت الصلاة فصلى بهم جماعة ، من كتاب المرضى . صحيح البخارى ١/١٧٦ ، ١٧٧ ، ٢/٥٨ ، ٥٩ ، ٨٨ ، ٨٩ ، ٧/١٥٢ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الإمام يصلى من قعود ، من كتاب الصلاة . سنن أبى داود ١/١٤٢ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء إنما جعل الإمام ليؤتم به ، من كتاب الإقامة . سنن ابن ماجه ١/٣٩٢ . والإمام مالك ، فى : باب صلاة الإمام وهو جالس ، من كتاب صلاة الجماعة . الموطأ ١/١٣٥ .

(9) فى م : « أعتقوهم » .

عَتَقْتُ ثم مُتُّ ، فثُلُثِى لِفُلَانٍ وَصِيَّةٌ ، فعَتَقَ وماتَ ، صَحَّتْ وَصِيَّتُه . وبه قال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، وأبو ثَوْرٍ . ولا أعْلَمُ عن غيرِهم خِلَافَهم .

فصل : وتَصِحُّ وَصِيَّةُ المُسْلِمِ لِلذِّمِّىِّ ، والذِّمِّىِّ لِلْمُسْلِمِ ، والذِّمِّىِّ لِلذِّمِّىِّ . رُوِىَ إجَازَةُ وَصِيَّةِ[10] المُسْلِمِ لِلذِّمِّىِّ عن شُرَيْحٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافِعِىِّ وإسحاقَ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . ولا نَعْلَمُ عن غيرِهم خِلَافَهم . وقال محمدُ بن الحَنَفِيَّةِ ، وعَطَاءٌ ، وقَتَادَةُ ، فى قولِه تعالى : ﴿ إِلَّا أن تَفْعَلُوٓاْ إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا ﴾[11] . هو وَصِيَّةُ المُسْلِمِ لِلْيَهُودِىِّ والنَّصْرَانِىِّ . وقال سَعِيدٌ : حدثنا سُفْيانُ ، عن أيُّوبَ ، عن عِكْرِمَةَ ، أنَّ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُيَىٍّ باعَتْ حُجْرَتَها من مُعَاوِيةَ بمائةِ ألْفٍ ، وكان لها أَخٌ يَهُودِىٌّ ، فعَرَضَتْ عليه أن يُسْلِمَ فيَرِثَ ، فأبَى ، فأوْصَتْ له بثُلُثِ المائةِ[12] . ولأنَّه تَصِحُّ له الهِبَةُ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ له ، كالمُسْلِمِ ، وإذا[13] صَحَّتْ وَصِيَّةُ المُسْلِمِ لِلذِّمِّىِّ ، فوَصِيَّةُ الذِّمِّىِّ لِلْمُسْلِمِ والذِّمِّىِّ لِلذِّمِّىِّ أوْلَى . ولا تَصِحُّ إلَّا بما تَصِحُّ به وَصِيَّةُ المُسْلِمِ لِلْمُسْلِمِ . ولو أوْصَى لِوَارِثِه ، أو لأجْنَبِىٍّ ، بأكْثَرَ من ثُلُثِه ، وَقَفَ على إجازَةِ الوَرَثَةِ ، كالمُسْلِمِ سواءً .

فصل : وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ لِلْحَرْبِىِّ فى دارِ الحَرْبِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، وهو قولُ مالكٍ ، وأكْثَرِ أصْحابِ الشافِعِىِّ . وقال بعضُهم : لا تَصِحُّ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْ ﴾ ، إلى قوله : ﴿ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَـٰتَلُوكُمْ فِى / ٱلدِّينِ ﴾ . الآية[14] . فيَدُلُّ ذلك على أنَّ مَن قاتَلَنَا لا يَحِلُّ بِرُّهُ . ولَنا ،

٦/٤٨ ظ

(١٠) سقط من : ا ، م .
(١١) سورة الأحزاب ٦ .
(١٢) فى م زيادة : « ألف » .
وتقدم تخريجه فى صفحة ٢٣٦ .
(١٣) فى م : « وأنها » .
(١٤) سورة الممتحنة ٨ ، ٩ .

أنَّه تَصِحُّ هِبَتُه ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ له ، كالذِّمِّىِّ . وقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أعْطَى عمرَ حُلَّةً من حَرِيرٍ ، فقال : يا رَسُولَ اللهِ كَسَوْتَنِيهَا ، وقد قُلْتَ فى حُلَّةِ عُطَارِدٍ ما قلتَ ، فقال : « إنِّى لَمْ أُعْطِكَهَا لِتَلْبَسَها » . فكَسَاهَا عُمَرُ أخًا مُشْرِكًا له بمَكَّةَ[١٥] . وعن أسْماء بنت أبى بكرٍ ، قالت : أتَتْنِى أُمِّى وهى راغِبَةٌ - تعنى الإسلامَ - فسأَلْتُ رسولَ اللهِ ﷺ ، فقلتُ : يا رسولَ الله ، أتَتْنِى أُمِّى وهى راغِبَةٌ ، أفَأَصِلُها ؟ قال : « نَعَمْ »[١٦] . وهذان فيهما صِلَةُ أهْلِ الحَرْبِ وبِرُّهُم . والآيةُ حُجَّةٌ لنا فى مَن لم يُقَاتِلْ ، فأما المُقاتِلُ فإنَّه نُهِىَ عن تَوَلِّيه لا عن بِرِّه والوَصِيّةِ له ، وإن احْتجَّ بالمَفْهُومِ ، فهو لا يَرَاهُ حُجَّةً . ثم قد حَصَلَ الإجْماعُ على جَوَازِ الهِبَةِ ، والوَصِيَّةُ فى مَعْناها . فأمَّا المُرْتَدُّ ، فقال أبو الخَطَّابِ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له ، كما تَصِحُّ هِبَتُه . وقال ابنُ أبى موسى : لا تَصِحُّ ؛ لأنَّ مِلْكَه غيرُ مُسْتَقِرٍّ ، ولا يَرِثُ ، ولا يُورَثُ ، فهو كالمَيِّتِ . ولأنَّ مِلْكَه يَزُولُ عن مالِه بِرِدَّتِه فى قول أبى بكرٍ وجَماعةٍ ، فلا يَثْبُتُ له المِلْكُ بالوَصِيَّةِ .

فصل : ولا تَصِحُّ الوَصِيّةُ لِكَافرٍ بمُصْحَفٍ ولا عَبْدٍ مُسْلِمٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ هِبَتُهُما له ، ولا بَيْعُهما منه . وإن أوْصَى له بِعَبْدٍ كافِرٍ ، فأسْلَمَ قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ، وإن أسْلَمَ بعدَ المَوْتِ وقبلَ القَبُولِ ، بَطَلَتْ ، عندَ مَنْ يَرَى أنَّ المِلْكَ لا يَثْبُتُ إلَّا بالقَبُولِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَبْتَدِئَ المِلْكُ على مُسْلِمٍ ، ومن قال : يَثْبُتُ المِلْكُ بالمَوْتِ قبلَ القَبُولِ . قال : الوَصِيّةُ صَحِيحَةٌ ؛ لأنَّنا نَتَبَيَّنُ أن المِلْكَ يَثْبُتُ بالمَوْتِ ، لأنَّه أسْلَمَ بعد أن مَلَكَه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ أيضا ؛ لأنَّه يَأْتِى بِسَبَبٍ لَوْلَاهُ لم يَثْبُتِ المِلْكُ ، فمَنَعَ منه ، كابْتِدَاءِ المِلْكِ .

فصل : ولا تَصِحُّ الوَصِيّةُ بمَعْصِيَةٍ وفِعْلٍ مُحَرَّمٍ ، مُسْلِمًا كان المُوصِى أو ذِمِّيًّا ،

---

(١٥) تقدم تخريجه ، فى : ١١٥/٤ . ويضاف إليه : وأخرجه النسائىُّ أيضا ، فى : باب الهيئة للجمعة ، من كتاب الجمعة . المجتبى ٧٨/٣ .

(١٦) تقدم تخريجه ، فى : ١١٤/٤ .

فلو وَصَّى بِبِنَاءِ كَنِيسَةٍ أو بَيْتِ نارٍ ، أو عِمَارَتِهما ، أو الإِنْفَاقِ عليهما ، كان باطِلًا . وبهذا قال الشافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ . وقال أصحابُ الرَّأْي : يَصِحُّ . وأجازَ أبو حنيفةَ الوَصِيّةَ بأرْضِه/تُبْنَى كَنِيسَةً . وخالَفَه صاحِبَاه . وأجاز أصْحابُ الرَّأْي أن يُوصِيَ بشِرَاءِ خَمْرٍ أو خَنَازِيرَ ، ويَتَصَدَّقَ بها على أهْلِ الذِّمَّةِ . وهذه وَصَايَا باطِلَةٌ ، وأفْعالٌ مُحَرَّمةٌ ؛ لأنَّها مَعْصِيَةٌ ، فلم تَصِحَّ الوَصِيّةُ بها ، كما لو وَصَّى بِعَبْدِه أو أَمَتِه لِلْفُجُورِ . وإن وَصَّى لِكَتْبِ التَّوْراةِ والإِنْجِيلِ ، لم تَصِحَّ ؛ لأنَّها كُتُبٌ مَنْسُوخةٌ ، وفيها تَبْدِيلٌ ، والاشْتِغالُ بها غيرُ جائِزٍ ، وقد غَضِبَ النبيُّ ﷺ حين رَأى مع عمرَ شيئًا مَكْتُوبًا من التَّوْراةِ[17] . وذَكَرَ القاضي أنَّه لو أَوْصَى لِحُصُرِ البِيَعِ وقَنَادِيلِها ، وما شاكَلَ ذلك ، ولم يَقْصِدْ إعْظَامَها بذلك ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لأَهْلِ الذِّمَّةِ ، فإنَّ النَّفْعَ يَعُودُ إليهم ، والوَصِيَّةُ لهم صَحِيحَةٌ . والصَّحِيحُ أنَّ هذا ممَّا لا تَصِحُّ الوَصِيّةُ به ؛ لأنَّ ذلك إنَّما هو إعانَةٌ لهم على مَعْصِيَتِهم ، وتَعْظِيمٌ لِكَنَائِسِهم . ونُقِلَ عن أحمدَ كَلَامٌ يَدُلُّ [18]على صِحَّةِ[18] الوَصِيَّةِ من الذِّمِّيِّ بخِدْمةِ الكَنِيسَةِ . والأَوَّلُ أَوْلَى وأَصَحُّ . وإن وَصَّى بِبِنَاءِ بَيْتٍ يَسْكُنُه المُجْتازُونَ من أهْلِ الذِّمَّةِ وأهْلِ الحَرْبِ ، صَحَّ ؛ لأنَّ بِنَاءَ مَسَاكِنِهم ليس بمَعْصِيَةٍ .

٤٩/٦ و

٩٧٣ ــ مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أوْصَى لِأَهْلِ قَرْيَةٍ ، لَمْ يُعْطَ مَنْ فِيهَا مِنَ الْكُفَّارِ ، إلَّا أنْ يَذْكُرَهُمْ)

يَعْنِي به المُسْلِمَ ، إذا أَوْصَى لأَهْلِ قَرْيَتِه أو لِقَرَابَتِه بلَفْظٍ عَامٍّ ، يَدْخُلُ فيه مُسْلِمُونَ وكُفَّارٌ ، فهي لِلْمُسْلِمِينَ خاصَّةً ، ولا شيءَ لِلْكُفَّارِ . وقال الشافِعِيُّ : يَدْخُلُ فيه الكُفّارُ ؛ لأنَّ اللَّفْظَ[1] يَتَنَاوَلُهم بعُمُومِه ، ولأنَّ الكافِرَ لو أَوْصَى لأَهْلِ قَرْيَتِه

(١٧) أخرجه الدارمى ، فى : باب ما يتقى من تفسير حديث النبى ﷺ ... ، سنن الدارمى ١/ ١١٥ ، ١١٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٣٨٧ .

(١٨ - ١٨) فى م : « لصحة » .

(١) فى ا زيادة : « عام » .

أو قَرَابَتِه ، دَخَلَ فيه المُسْلِمُ والكافِرُ ، فكذلك المُسْلِمُ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَـٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ﴾[2] . فلم يَدْخُلْ فيه الكُفَّارُ إذا كان المَيِّتُ مُسْلِمًا ، وإذا لم يَدْخُلوا فى وَصِيَّةِ اللهِ تعالى ، مع عُمُومِ اللَّفْظِ ، فكذلك فى وَصِيَّةِ المُسْلِمِ ، ولأنَّ ظاهِرَ حالِه أنَّه لا يُرِيدُ الكُفَّارَ ، لما بينَه وبينَهم من عَداوةِ الدِّينِ ، وعَدَمِ الوُصْلَةِ ، المانِعِ /من المِيرَاثِ ، ووُجُوبِ النَّفَقةِ على فَقِيرِهم ، ولذلك خَرَجُوا من عُمُومِ اللَّفْظِ فى الأَوْلادِ والإِخْوةِ والأَزْواجِ ، وسائِرِ الألْفاظِ العامَّةِ فى المِيرَاثِ ، فكذا هٰهُنا ، لأنَّ الوَصِيَّةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيرَاثِ . وإن صَرَّحَ بهم ، دَخَلُوا فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ صَرِيحَ[3] المَقَالِ لا يُعَارَضُ بقَرِينةِ الحالِ . وإن وَصَّى لهم وأَهْلُ القَرْيةِ كلُّهم كُفّارٌ ، أو أَوْصَى لِقَرَابَتِه ، وكلُّهم[4] كُفَّارٌ ، دَخَلُوا فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَخْصِيصُهُم ، إذْ فى إخْرَاجِهِم رَفْعُ اللَّفْظِ بالكلِّيَّةِ . وإن كان فيها مُسْلِمٌ واحدٌ ، والباقِى كُفّارٌ ، دَخَلُوا فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ إخْرَاجَهُم بالتَّخْصِيصِ هٰهُنا بَعِيدٌ ، وفيه مُخَالَفةُ الظَّاهِرِ من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، مُخَالَفةُ لَفْظِ العُمُومِ . والثانى ، حَمْلُ اللَّفْظِ الدّالِّ على الجَمْعِ على المُفْرَدِ[5] . وإن كان أكْثَرُ أَهْلِها كُفَّارًا ، فظاهِرُ كَلامِ الخِرَقِىِّ أنَّه لِلْمُسْلِمينَ ؛ لأنَّه أمْكَنَ حَمْلُ اللَّفْظِ عليهم ، وصَرْفُه إليهم ، والتَّخْصِيصُ يَصِحُّ وإن كان بإخْرَاجِ الأَكْثَرِ . ويَحْتَمِلُ أنْ يَدْخُلَ الكُفَّارُ فى الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ التَّخْصِيصَ فى مثلِ هذا بَعِيدٌ ، فإنَّ تَخْصِيصَ الصُّورَةِ النادِرَةِ قَرِيبٌ ، وتَخْصِيصَ الأَكْثَرِ بَعِيدٌ يُحْتاجُ فيه إلى دَلِيلٍ قَوِىٍّ . والحُكْمُ فى سائِرِ ألْفاظِ العُمُومِ ، مثل أن يُوصِىَ لإِخْوَتِه ، أو عُمُومَتِه ، أو بَنِى عَمِّه ، أو لِلْيَتامَى ، أو لِلْمَساكِينِ ، كالحُكْمِ فيما إذا أَوْصَى لأَهْلِ قَرْيَتِه . فأمَّا إن أَوْصَى بذلك كافِرٌ ، فإنَّ وَصِيَّتَه تَتَناوَلُ أَهْلَ دِينِه ؛ لأنَّ لَفْظَه يَتَناوَلُهُم ، وقَرِينَةُ حالِه إرَادَتُهُم ، فأشْبَهَ وَصِيَّةَ المُسْلِمِ التى يَدْخُلُ فيها أَهْلُ دِينِه . وهل يَدْخُلُ فى وَصِيَّتِه

٦/٤٩ ظ

---

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) فى الأصل : « تصريح » .

(٤) فى الأصل : « وجميعهم » .

(٥) فى م : « المفردة » .

المُسْلِمونَ ؟ نَظَرْنا ، فإن وُجِدَتْ قَرِينَةٌ دالَّةٌ على دُخُولِهم ، مثل أن لا يكونَ فى القَرْيِةِ إلَّا مُسْلِمُونَ ، دَخَلُوا فى الوَصِيَّةِ ، وكذلك إن لم يكُنْ فيها إلَّا كافِرٌ واحدٌ ، وسائِرُ أهْلِها مُسْلِمُونَ ، وإن انْتَفَتِ القَرائِنُ ، ففى دُخُولِهم وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يَدْخُلُونَ ، كما لم يَدْخُلِ الكُفَّارُ فى وَصِيَّةِ المُسْلِمِ . والثانى ، يَدْخُلُونَ ؛ لأنَّ عُمُومَ اللَّفْظِ يَتَناوَلُهُم ، وهم أحَقُّ بوَصِيَّتِه من غيرِهم ، فلا يُصْرَفُ اللَّفْظُ عن مُقْتَضاه ، ومن هو أحَقُّ بحُكْمِه إلى غيرِه . /وإن كان فى القَرْيِةِ كافِرٌ من غيرِ أهْلِ دِينِ المُوصِى ، لم يَدْخُلْ فى وَصِيَّتِه ؛ لأنَّ قَرِينَةَ حالِ المُوصِى تُخْرِجُه ، ولم يُوجَدْ فيه ما وُجِدَ فى المُسْلِمِ من الأوْلَوِيَّةِ ، فبَقِىَ خارِجًا بحالِه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَخْرُجَ ، بِناءً على تَوْرِيثِ الكُفَّارِ بعضِهم من بعضٍ مع[٦] اخْتِلافِ دِينِهم .

٦/٥٠ و

٩٧٤ – مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أَوْصَى بِكُلِّ مَالِهِ ، وَلَا عَصَبَةَ لَهُ ، وَلَا مَوْلًى لَهُ**[١] **، فجائِزٌ . وقَدْ رُوِىَ عَنْ أَبِى عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، رِوَايةٌ أُخْرَى : لَا يَجُوزُ إِلَّا الثُّلُثُ**)

اختلفت الرِّوَايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن لم يَخْلُفْ من وُرَّاثِه عَصَبَةً ، ولا ذا فَرْضٍ ، فرُوِىَ عنه أنَّ وَصِيَّتَه جائِزَةٌ بكلِّ مالِه . ثَبَتَ هذا عن ابنِ مَسعودٍ ، وبه قال عَبِيدَة السَّلْمانِىُّ ، ومَسْرُوقٌ ، وإسحاقُ ، وأهْلُ العِراقِ . والرِّوايةُ الأُخْرَى : لا يَجُوزُ إلَّا الثُّلُثُ . وبه قال مالِكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، والشافِعِىُّ ، والعَنْبَرِىُّ ؛ لأنَّ له مَن يَعْقِلُ عنه ، فلم تَنْفُذْ وَصِيَّتُه فى أكْثَرَ من ثُلُثِه ، كما لو تَرَكَ وارِثًا . ولَنا ، أنَّ المَنْعَ من الزِّيَادةِ على الثُّلُثِ إنَّما كان لِتَعَلُّقِ حَقِّ الوَرَثةِ به[٢] ، بِدَلِيلِ قولِ النبىِّ ﷺ : « إنَّكَ أنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ ، خَيْرٌ مِنْ أنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ »[٣] . وهٰهُنا

---

(٦) فى ا ، م : « على » .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) سقط من : ا ، م .

(٣) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٧ .

لا وارثَ له يتعلَّقُ حقُّه[٤] بمالِه ، فأشْبَهَ حالَ الصِّحَّةِ ، ولأنَّه لم يَتعَلَّقْ بمالِه حَقُّ وارِثٍ ولا غَرِيمٍ ، أشْبَهَ حالَ الصِّحَّةِ أو أشْبَهَ الثُّلُثَ .

فصل : وإن خَلَّفَ ذا فَرْضٍ ، لا يَرِثُ المالَ كلَّه ، كَبِنْتٍ ، أو أُمٍّ ، لم يكُنْ له الوَصِيَّةُ بأكْثَرَ من الثُّلُثِ ؛ لأنَّ سَعْدًا قال للنبيِّ ﷺ : لا يَرِثُنِى إلَّا ابْنَتِى . فمَنَعه النبيُّ ﷺ من الزِّيادَةِ على الثُّلُثِ[٥] . ولأنَّها تَسْتَحِقُّ جَميعَ المالِ بالفَرْضِ والرَّدِّ[٦] ، فأشْبَهتِ العَصَبَةَ . وإن كان لها زَوْجٌ ، أو لِلرَّجُلِ امْرأةٌ ، فكذلك ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ تَنْقُصُ حَقَّه ، لأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ فَرْضَه بعدَ الوَصِيَّةِ ، لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[٧] . فأمَّا ذَوُو[٨] الأرْحامِ / ، فظَاهِرُ كَلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه لا يَمْنَعُ الوَصِيَّةَ بجَمِيعِ المالِ ؛ لقوله : « ولا عَصَبَةَ له ولا مَوْلًى له » . وذلك لأنَّ ذا الرَّحِمِ إرْثُه كالفَضْلَةِ والصِّلَةِ ، ولذلك لا يُصْرَفُ إليه شىءٌ إلَّا عند عَدَمِ الرَّدِّ والمَوْلَى ، ولا[٩] تَجِبُ نَفَقَتُه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَنْفُذَ وَصِيَّتُه بأكْثَرَ من ثُلُثِه ؛ لأنَّ له وَارِثًا ، فيَدْخُلُ فى مَعْنَى قولِه عليه السلامُ : « إنَّكَ أنْ تَدَعَ[١٠] وَرَثَتَكَ أغْنِياءَ ، خَيْرٌ مِنْ أنْ تَدَعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . ولأنَّهم وَرَثَةٌ يَسْتَحِقُّونَ مالَه بعدَ مَوْتِه ، وصِلَتُهُ لهم فى حَياتِه ، فأشْبَهُوا ذَوِى الفُرُوضِ والعَصَباتِ ، وتَقْدِيمُ غيرِهم عليهم لا يَمْنَعُ مُساوَاتَهم لهم فى مَسْأَلَتِنا ، كذَوِى الفُرُوضِ الذين يَحْجُبُ بعضُهم بعضًا والعَصَباتِ .

فصل : فإن خَلَّفَ ذا فَرْضٍ لا يَرِثُ المالَ كُلَّه ، وقال : أوْصَيْتُ لِفُلانٍ بثُلُثِى ، على

٦/٥٠ ظ

---

(٤) فى م : « حق » .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٧ .

(٦) سقط من : م .

(٧) سورة النساء ١١ .

(٨) فى م : « ذو » .

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠) فى الأصل ، ا : « تترك » .

أنَّه لا يَنْقُصُ ذا الفَرْضِ شَيْئًا من فَرْضِه . أو خَلَّفَ امْرأَةً ، وقال : أوْصَيْتُ لك بما فَضَلَ من المالِ عن فَرْضِها . صَحَّ فى المَسْألِةِ الأُولَى ؛ لأنَّ ذا الفَرْضِ يَرِثُ المالَ كُلَّه ، لولا الوَصِيَّةُ ، فلا فَرْقَ فى الوَصِيَّةِ بين أن يَجْعَلَها من رَأْسِ المالِ أو من الزَّائِدِ على الفَرْضِ . وأما المَسْألَةُ الثانيةُ ، فتَنْبَنِى على الوَصِيّةِ بجَمِيعِ المالِ ، فإن قُلْنا : تَصِحُّ ثَمَّ . صَحَّتْ هٰهُنا ؛ لأنَّ الباقِىَ عن فَرْضِ الزَّوْجةِ مالٌ لا وارثَ له ، فصَحَّتِ الوَصِيّةُ به ، كما لو لم تكُنْ زَوْجةٌ . وإن قُلْنا : لا تَصِحُّ ثَمَّ . فهٰهُنا مِثْلُه ؛ لأنَّ بَيْتَ المالِ جُعِلَ كالوارِثِ[11] ، فصارَ كأنَّه ذو وَرَثةٍ يَسْتَغْرِقُونَ المالَ إذا عَيَّنَ الوَصِيّةَ من نَصِيبِ العَصَبةِ منهم ، فعلى هذا يُعْطَى المُوصَى له الثُّلُثَ من رَأْسِ المالِ ، ويَسْقُطُ تَخْصِيصُه .

٩٧٥ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى لِعَبْدِه بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ عَتَقَ ، وَمَا فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ عِتْقِهِ ، فَهُوَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ)

٦/٥١ و وجملةُ ذلك أنَّه إذا أَوْصَى لِعَبْدِه بجُزْءٍ شائِعٍ من مالِه ، كثُلُثٍ أو رُبْعٍ أو / سُدُسٍ ، صَحَّتِ الوَصِيّةُ ، فإن خَرَجَ العَبْدُ من الوَصِيّةِ ، عَتَقَ ، واسْتَحَقَّ باقِيَها ، وإن لم يَخْرُجْ ، عَتَقَ منه بقَدْرِ الوَصِيَّةِ . وبهذا قال الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، وأبو حنيفةَ ، إلَّا أنَّهم قالوا : إن لم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ ، سَعَى فى قِيمَةِ باقِيه . وقال الشافِعِىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنه : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ، إلَّا أن يُوصِىَ بِعِتْقِه ؛ لأنَّه أوْصَى لمالٍ[1] يَصِيرُ لِلْوَرَثةِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أَوْصَى له بمُعَيَّنٍ . ولَنا ، أنَّ الجُزْءَ الشائِعَ يَتَناوَلُ نَفْسَه أو بعضَها[2] ؛ لأنَّه من جُمْلَةِ الثُّلُثِ الشائِعِ ، والوَصِيّةُ له بِنَفْسِه تَصِحُّ ويَعْتِقُ ، وما فَضَلَ يَسْتَحِقُّه[3] ؛ لأنَّه يَصِيرُ حُرًّا ، فيَمْلِكُ الوَصِيّةَ ، فيَصِيرُ كأنَّه قال : اعْتِقُوا عَبْدِى من ثُلُثِى ، وأَعْطُوه

---

(١١) فى م : « كوارث » .

(١) فى ا ، م : « بمال » .

(٢) فى م : « بعضه » .

(٣) فى الأصل : « استحقه » .

(٤ما فَضَلَ٤) منه ، وفارَقَ ما إذا أَوْصَى بمُعَيَّنٍ ؛ لأنَّه لا يَتناولُ شَيْئًا منه .

فصل : فإن أَوْصَى له بمُعَيَّنٍ من مالِه ، كثَوْبٍ أو دارٍ أو بمائةِ دِرْهَمٍ ، فالوَصِيَّةُ باطِلةٌ ، فى قولِ الأَكْثَرِينَ . وبه يقولُ الثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وذَكَرَ ابنُ أبى موسى رِوَايةً أخرى عن أحمدَ ، أنَّها تَصِحُّ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وقال الحَسَنُ ، وابنُ سِيرِينَ : إن شاءَ الوَرَثَةُ أجازُوا ، وإن شاءُوا رَدُّوا . ولَنا ، أنَّ العَبْدَ يَصِيرُ مِلْكًا لِلْوَرَثَةِ ، فما وَصَّى به له فهو لهم ، فكأنَّه أَوْصَى لِوَرَثَتِه بما يَرِثُونَه ، فلا فائِدَةَ فيه . وفارَقَ ما إذا أَوْصَى له بمُشَاعٍ ؛ لما ذَكَرْناه .

فصل : وإن أَوْصَى له برَقَبَتِه ، فهو تَدْبِيرٌ ، يَعْتِقُ إن حَمَلَهُ الثُّلُثُ . وبهذا قال مالِكٌ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال أبو ثَوْرٍ : الوَصِيَّةُ باطِلةٌ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ رَقَبتَه . ولَنا ، أنَّه أَوْصَى له بمَنْ لا يَمْلِكُه على الدَّوَامِ ، فصَحَّ ، كما لو وَصَّى (٥به لأبِيهِ٥) ، ولأنَّ مَعْنَى الوَصِيَّةِ له برَقَبَتِه عِتْقُه ، لِعِلْمِه بأنَّه لا يَمْلِكُ رَقَبَتَه ، فصارَتِ الوَصِيَّةُ به كِنَايةً عن إعْتاقِه بعدَ مَوْتِه . وإن أَوْصَى له ببعضِ رَقَبَتِه ، فهو تَدْبِيرٌ لذلك الجُزْءِ ، وهل يَعْتِقُ[٦] جَمِيعُه إذا حَمَلَهُ الثُّلُث ؟ على رِوَايَتَيْنِ ، ذَكَرَهُما الخِرَقِىُّ فيما إذا دَبَّر بعضَ عَبْدِه وهو مالِكٌ لِكُلِّه . وقال أصحابُ الرأى : / يَسْعَى فى قِيمَةِ باقِيه . وهذا شىءٌ يأتى فى بابِ العِتْقِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٦/٥١ ظ .

فصل : وإن أَوْصَى لِمُكَاتَبه[٧] ، أو مُكَاتَبِ وارِثِه ، أو مُكاتَبِ أَجْنَبِىٍّ ، صَحَّ ، سواءٌ أَوْصَى له بجُزْءٍ شائِعٍ أو مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ وَرَثَته لا يَسْتَحِقُّونَ المُكاتَبَ ، ولا يَمْلِكُونَ مالَه . وإن أَوْصَى لأُمِّ وَلَدِه ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّها حُرَّةٌ حين لُزُومِ الوَصِيَّةِ . وقد

(٤ - ٤) فى م : « فأفضل » .

(٥ - ٥) فى م : « بأبيه » .

(٦) فى ا ، م : « يعتقه » .

(٧) فى ا : « بمكاتبه » .

رُوِى عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه أوْصَى لأُمَّهاتِ أوْلادِه بأرْبعةِ آلافٍ[8] . رَوَاهُ سَعِيدٌ . ورُوِى ذلك عن عِمْرانَ بن الحُصَيْنِ . وبه قال مَيْمُونُ بن مِهْرانَ ، والزُّهْرِىُّ ، ويحيى الأنْصارِىُّ ، ومالِكٌ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ . وإن وَصَّى لِمُدَبَّرِه ، صَحَّ ؛ لأنَّه يَصِيرُ حُرًّا حين لُزُوم الوَصِيَّةِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ له ، كأُمِّ الوَلَدِ . وإن لم يَخْرُجْ من الثُّلُثِ هو والوَصِيَّةُ جَمِيعًا ، قُدِّمَ عِتْقُه على الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّه أنْفعُ . وقال القاضى : يَعْتِقُ بعضُه ، ويَمْلِكُ من الوَصِيَّةِ بِقَدْرِ ما عَتَقَ منه . ولَنا ، أنَّه وَصَّى لِعَبْدِه وَصِيَّةً صَحِيحَةً ، فيُقَدَّمُ عِتْقُه على ما يَحْصُلُ له من المالِ ، كما لو وَصَّى لِعَبْدِه القِنِّ بمُشَاعٍ من مالِه .

فصل : وإن أوْصَى لِعَبْدِ غيرِه ، صَحَّ ، وتكون الوَصِيَّةُ لسَيِّدِه[9] ، والقَبُولُ فى ذلك إلى العَبْدِ ؛ لأنَّ العَقْدَ مُضَافٌ إليه ، فأشْبَهَ ما لو وَهَبَه شيئًا ، فإذا قَبِلَ ثَبَتَ لِسَيِّدِه ، لأنَّه من كَسْبِ عَبْدِه ، وكَسْبُ العَبْدِ لِسَيِّدِه ، ولا تَفْتَقِرُ فى القَبُولِ إلى إذْنِ السَّيِّدِ ؛ لأنَّه كَسْبٌ ، فصَحَّ من غيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، كالاحْتِطَابِ . وهذا قول أهْلِ العِرَاقِ ، والشافِعِىِّ . ولأصْحابِه وَجْهٌ آخَرُ[9] ، أنَّ القَبُولَ يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ السَّيِّدِ ، لأنَّه تَصَرُّفٌ من العَبْدِ ، فأشْبَهَ بَيْعَه وشِرَاءَه . ولَنا ، أنَّه تَحْصِيلُ مالٍ بغيرِ عِوَضٍ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إذْنِه ، كقَبُولِ الهِبَةِ وتَحْصِيلِ المُباحِ . وإن وَصَّى لِعَبْدِ وارِثِه ، فهى كالوَصِيَّةِ لِوَارِثِه ، يَقِفُ على إجَازَةِ الوَرَثَةِ . وبه قال الشافِعِىُّ ، وأبو حنيفةَ . وقال مالِكٌ : إن كان يَسِيرًا جازَ ؛ لأنَّ العَبْدَ يَمْلِكُ ، وإنَّما لِسَيِّدِه أخْذُه من يَدِه ، فإذا وَصَّى له بشىءٍ يَسِيرٍ ، عُلِمَ أنَّه قَصَدَ بذلك العَبْدَ / ، دونَ سَيِّدِه . ولَنا ، أنَّها وَصِيَّةٌ لِعَبْدِ وارِثِه ، فأشْبَهَتِ الوَصِيَّةَ ٥٢/٦ و

---

(٨) فى ا ، م زيادة : « أربعة آلاف » . وهى زيادة فى سنن الدارمى . وأخرجه سعيد ، فى : وصية الصبى . السنن ١٢٨/١ . كما أخرجه الدارمى ، فى : باب من أوصى لأمهات أولاده ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمى ٤٢٣/٢ .

(٩) سقط من : م .

بالكَثِيرِ ، وما ذَكَرَه[10] من مِلْكِ العَبْدِ مَمْنوعٌ ، ولا اعْتِبارَ به ، فإنَّه مع هذا القَصْدِ يَسْتَحِقُّ سَيِّدُه أَخْذَه ، فهو كالكَثِيرِ .

فصل : وإذا أَوْصَى بِعِتْقِ أَمَتِه ، على أن لا تَتَزَوَّجَ . ثم ماتَ ، فقالت : لا أَتَزَوَّجُ . عَتَقَتْ . فإن تَزَوَّجَتْ بعدَ ذلك ، لم يَبْطُلْ عِتْقُها . وهذا مذهبُ الأَوْزاعِيِّ ، واللَّيْثِ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ وذلك لأنَّ العِتْقَ إذا وَقَعَ لا يُمْكِنُ رَفْعُه . وإن أَوْصَى لأُمِّ وَلَدِه بأَلْفٍ ، على أن لا تَتَزَوَّجَ ، أو على أن تَثْبُتَ مع وَلَدِه ، ففَعَلَتْ ، وأخَذَتِ الأَلْفَ ، ثم تَزَوَّجَتْ وتَرَكَتْ وَلَدَه ، ففيها وَجْهانِ ؛ أحدهما ، تَبْطُلُ وَصِيَّتُها ؛ لأنَّه فاتَ الشَّرْطُ ، ففاتَتِ الوَصِيَّةُ ، وفارَقَ العِتْقَ ، فإنَّه لا يُمْكِنُ رَفْعُه . والثانى ، لا تَبْطُلُ وَصِيَّتُها . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ وَصِيَّتَها صَحَّتْ ، فلم تَبْطُلْ بمُخالَفةِ ما شرطَ عليها ، كالأُولَى .

فصل : واخْتَلَفَ أصْحابُنا فى الوَصِيَّةِ لِلْقاتِلِ على ثلاثةِ أَوْجُهٍ ؛ فقال ابنُ حامِدٍ : تجوزُ الوَصِيَّةُ له . واحْتَجَّ بقولِ أحمدَ ، فى مَن جَرَحَ رَجُلًا خطأً ، فعفَا المَجْرُوحُ . فقال أحمدُ : يُعْتَبَرُ من ثُلُثِه . قال : وهذه وَصِيَّةٌ لِقاتِلٍ . وهذا قولُ مالِكٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأظْهَرُ قَوْلَيِ الشافِعِيِّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ؛ لأنَّ الهِبَةَ له تَصِحُّ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ له ، كالذِّمِّيِّ . وقال أبو بكرٍ : لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ له ؛ فإنَّ أحمدَ قد نصَّ على أن المُدَبَّرَ إذا قَتَلَ سَيِّدَه ، بَطَلَ تَدْبِيرُه ، والتَّدْبِيرُ وَصِيَّةٌ . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ القَتْلَ يَمْنَعُ المِيراثَ الذى هو آكَدُ من الوَصِيَّةِ ، فالوَصِيَّةُ أَوْلَى ، ولأنَّ الوَصِيَّةَ أُجْرِيَتْ مُجْرَى المِيراثِ ، فيَمْنَعُها ما يَمْنَعُه . وقال أبو الخَطَّابِ : إن وَصَّى له بعد جَرْحِه ، صَحَّ ، وإن وَصَّى له قَبْلَه ، ثم طَرَأَ القَتْلُ على الوَصِيَّةِ ، أبْطَلَها ، جَمْعًا بين نَصَّىْ أحمدَ فى المَوْضِعَيْنِ . وهو قولُ الحَسَنِ بن صالِحٍ . وهذا قولٌ حَسَنٌ ؛ لأنَّ

---

(10) فى م : « ذكروه » .

٥٢/٦ ظ الوَصِيّةَ بعدَ الجَرْحِ صَدَرَتْ / من أهْلِها فى مَحَلِّها ، و لم يَطْرَأْ عليها ما يُبْطِلُها ، بخِلَافِ ما إذا تَقَدَّمَتْ ، فإنَّ القَتْلَ طَرَأَ عليها فأبْطَلَها ، لأنَّه يُبْطِلُ ما هو آكَدُ منها ، يُحَقِّقُه[11] أنَّ القَتْلَ إنَّما مَنَعَ المِيرَاثَ ، لكَوْنِه بالقَتْلِ اسْتَعْجَلَ المِيرَاثَ الذى انْعَقَدَ سَبَبُه ، فعُورِضَ بنَقِيضِ قَصْدِه ، وهو مَنْعُ المِيرَاثِ ، دَفْعًا لِمَفْسَدةِ قَتْلِ المَوْرُوثِينَ ، ولذلك بَطَلَ التَّدْبِيرُ بالقَتْلِ الطارِئ عليه أيضا ، وهذا المعنى مُتَحَقِّقٌ فى القَتْلِ الطارِئ على الوَصِيَّةِ ، فإنَّه ربَّما اسْتَعْجَلَها بقَتْلِه . وفارَقَ القَتْلَ قبلَ الوَصِيَّةِ ، فإنَّه لم يَقْصِدْ به اسْتِعْجالَ مالٍ ، لِعَدَمِ انْعِقادِ سَبَبِه ، والمُوصِى راضٍ بالوَصِيَّةِ له بعدَ صُدُورِ ما صَدَرَ منه فى حَقِّه ، ولا فَرْقَ بين العَمْدِ والخَطإِ فى هذا ، كما لا يَفْتَرِقُ الحالُ بذلك فى المِيرَاثِ ، وعلى هذا متى دَبَّرَ عَبْدَه بعدَ جَرْحِه إيَّاه ، صَحَّ تَدْبِيرُه .

٩٧٦ ــ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا قَالَ : أحَدُ عَبْدَىَّ حُرٌّ . أُقْرِعَ[1] بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ تَقَعُ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ، فَهُوَ حُرٌّ ، إذَا خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ**)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا أعْتَقَ عَبْدًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، فإنَّه يُقْرَعُ بينهما ، فيَخْرُجُ الحُرُّ بالقُرْعةِ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافِعِىُّ : له تَعْيِينُ أحَدِهما بغيرِ قُرْعةٍ ؛ لأنَّه عِتْقٌ مُسْتَحَقٌّ فى غير مُعَيَّنٍ ، فكان التَّعْيِينُ إلى المُعْتِقِ ، كالعِتْقِ فى الكَفّارةِ ، وكما لو قال لِوَرَثَتِه : أَعْتِقُوا عنى عَبْدًا . ولَنا ، أنَّه عِتْقٌ اسْتَحَقَّه واحدٌ من جَماعةٍ مُعَيَّنِينَ ، فكان إخْراجُه بالقُرْعةِ ، كما لو أعْتَقَهُما فلم يَخْرُجْ من ثُلُثِه إلَّا أحدُهُما ، ودَلِيلُ الحُكْمِ فى الأصْلِ ، حَدِيثُ عِمْرانَ ابن حُصَيْنٍ[2] . فأمَّا العِتْقُ فى الكَفَّارةِ ، فإنَّه لم يَسْتَحِقَّه أحدٌ ، إنَّما اسْتُحِقَّ على المُكَفِّرِ التَّكْفِيرُ . وأمَّا إذا قال : أعْتِقُوا عَنِّى عَبْدًا . فإن لم يُضِفْه إلى عَبِيدِه ، ولا إلى جَماعةٍ سِوَاهم ، فهو كالمُعْتَقِ فى الكَفَّارَةِ . وإن قال : أعْتِقُوا أحَدَ عَبِيدِى . احْتَمَلَ أن نقولَ بإخْرَاجِه بالقُرْعةِ كمَسْأَلَتِنا ، واحْتَمَلَ أن يُرْجَعَ فيه إلى اخْتِيارِ الوَرَثةِ . وأصْلُ

(١١) فى م : « ويحققه » .

(١) فى الأصل ، ا : « قرع » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٩٥ .

الوَجْهَيْنِ ما لو / وَصَّى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ من عَبِيدِه ، هل يُعْطَى أَحَدَهُم بالقُرْعةِ ، أو يُرْجَعُ فيه[3] إلى اخْتِيارِ الوَرَثةِ ؟ وسَيَأْتِى الكَلَامُ عليها . والفَرْقُ بين مَسْأَلَتِنا وبين هذه المَسْأَلةِ على هذا الوَجْهِ ، أنَّه[4] جعَلَ الأَمْرَ إلى الوَرَثةِ ، حيثُ أمَرَهُم بالإِعْتاقِ ، فكانت الخِيَرَةُ إليهم ، وفى مَسْأَلَتِنا لم يَجْعَلْ لهم من الأمْرِ شيئًا ، فلا يكونُ لهم خِيَرَةٌ . ٥٣/٦ و

فصل : ونَقَلَ صالحٌ عن أبيه ، فى مَن له غُلَامانِ اسْمُهُما واحدٌ ، فقال : فلانٌ حُرٌّ بعدَ مَوْتِى . وله مائتَا دِرْهَمٍ . و لم يُعَيِّنْهُ ، يُقْرَعُ بينهما ، فيَعْتِقُ مَن خَرَجَتْ له القُرْعةُ ، وليس له من المائتَيْنِ شىءٌ . وَوَجْهُ ذلك – واللهُ أعلم – أنَّ الوَصِيَّةَ بالمائتَيْنِ وَقَعَتْ لغيرِ مُعَيَّنٍ ، ولا تَصِحُّ الوَصِيّةُ إلَّا لِمُعَيَّنٍ . وقال القاضى : يَجِبُ أن تَصِحَّ هذه الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّها مُسْتَحِقُّها حُرٌّ فى حالِ اسْتِحْقاقِها . ونُقِلَ عن أحمدَ ، فى مَن قال : أَعْتِقُوا رَقَبةً عَنِّى . فلا يُعْتَقُ عنه إلَّا مُسْلِمٌ ؛ وذلك لأنَّ المُطْلَقَ مِنْ[5] كَلَامِ الآدَمِىِّ يُحْمَلُ على المُطْلَقِ مِن كَلَامِ اللهِ تعالى ، ولمَّا أمَرَ اللهُ تعالى بِتَحْرِيرِ رَقَبةٍ ، لم يَتَنَاوَلْ إلَّا المُسْلِمَ ، فكذلك الآدَمِىُّ .

٩٧٧ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا أوْصَى أنْ يُشْتَرَى عَبْدُ زَيْدٍ بِخَمْسِمائَةٍ ، فَيُعْتَقَ ، فَلَمْ يَبِعْهُ سَيِّدُهُ ، فَالْخَمْسُمائَةِ لِلْوَرَثةِ . وإن اشْتَرَوْهُ بأقَلَّ ، فَمَا فَضَلَ فَهُوَ لِلْوَرَثةِ)

أمَّا إذا تَعَذَّرَ شِرَاؤُه ، إمَّا لِامْتِناعِ سَيِّدِه من بَيْعِه ، أو من بَيْعِه بالخمسِمائة ، وإمَّا لِمَوْتِه ، أو لِعَجْزِ الثُّلُثِ عن ثَمَنِه ، فالثَّمنُ لِلْوَرَثةِ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ بَطَلَتْ لِتَعَذُّرِ العَمَلِ بها ، فأشْبَه ما لو وَصَّى لِرَجُلٍ فماتَ قبلَ مَوْتِ المُوصِى ، أو بعدَه و لم يَدَعْ وارِثًا . ولا يَلْزَمُهُم شِرَاءُ عَبْدٍ آخر ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لِمُعَيَّنٍ ، فلا تُصْرَفُ إلى غيرِه . وأمَّا إن اشْتَرَوْهُ بأقَلَّ ، فالباقِى لِلْوَرَثةِ . وقال الثَّوْرِىُّ : يُدْفَعُ جَمِيعُ الثَّمنِ إلى سَيِّدِ العَبْدِ ؛ لأنَّه قَصَدَ

---

(٣) سقط من : ا ، م .

(٤) فى الأصل زيادة : « لو » .

(٥) فى م : « فى » .

إِرْفَاقَه بالثّمنِ[1] ومُحابَاتَه به ، فأشْبَه ما لو قال : بِيعُوه عَبْدِى بخَمْسِمائةٍ . وقِيمَتُه أَكْثَرُ مِنها ، وكما لو أَوْصَى أن يَحُجَّ عنه فلانٌ حَجَّةً بخَمْسِمائةٍ . وقال إسحاقُ : يُجْعَلُ بَقِيَّةُ الثَّمنِ فى العِتْقِ ، / كما لو أَوْصَى أن يَحُجَّ عنه بخَمْسِمائةٍ ، رُدَّ ما فَضَلَ فى الحَجِّ . ولَنا ، أنَّه أمَرَ بشِرَائِه بخَمْسِمائةٍ ، فكان ما فَضَلَ من الثَّمنِ راجِعًا إليه ، كما لو وَكَّلَ فى شِرَائِه فى حَيَاتِه ، وفارَقَ ما إذا أَوْصَى أن يَحُجَّ عنه رَجُلٌ بخَمْسِمائةٍ ؛ لأنَّ القَصْدَ ثَمَّ إرْفاقُ الذى يَحُجُّ بالفضْلَةِ ، وفى مَسْأَلَتِنا المَقْصُودُ العِتْقُ . ويُفَارِقُ ما إذا أَوْصى أن يَحُجَّ عنه بخَمْسِمائةٍ لغيرِ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ ثَمَّ لِلْحَجِّ مُطْلَقًا ، فصُرِفَ جَمِيعُها فيه ، وهٰهُنا لِمُعَيَّنٍ ، فلا تَتَعَدَّاهُ . وقولُه : إنَّه قَصَدَ إرْفَاقَ زَيْدٍ بالثَّمَنِ ومُحابَاتَه به . فنقولُ : الصَّحِيحُ أنَّه إن كانت ثَمَّ قَرِينَةٌ تَدُلُّ على ذلك ، إمَّا لكَوْنِ البائعِ صَدِيقًا له ، أو ذا حاجَةٍ ، أو من أَهْلِ الفَضْلِ الذين يُقْصَدُونَ بهذا ، أو عَيَّنَ هذا الثَّمنَ وهو يَعْلَمُ حُصُولَ العَبْدِ بدُونِه ؛ لِقِلَّةِ قِيمَتِه ، فإنَّه يُدْفَعُ جميعُ الثَّمنِ إلى زَيْدٍ ، كما لو صَرَّحَ بذلك ، فقال : وادْفَعُوا إليه جَمِيعَها ، وإن بَذَلَه بدُونِها . وإن انْعَدَمَت هذه القَرَائِنُ ، فالظاهِرُ أنَّه إنَّما قَصَدَ العِتْقَ ، وقد حَصَلَ ، فكان الفاضِلُ عائِدًا إليه ، كما لو أَمَرَه بالشِّرَاءِ فى حَيَاتِه .

فصل : وإن وَصَّى أن يُشْتَرَى عَبْدٌ بأَلْفٍ ، فيُعْتَقَ عنه ، فلم يَخْرُجْ من ثُلُثِه ، اشْتُرِىَ عَبْدٌ بما يَخْرُجُ من الثُّلُثِ . وبه قال الشافِعِىُّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وقال أبو حنيفةَ : تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه أمَرَ بشِرَاءِ عَبْدٍ بأَلْفٍ ، فلا يجوزُ لِلْمَأْمُورِ الشِّرَاءُ بدُونِه ، كالوَكِيلِ . ولَنا ، أنَّها وَصِيَّةٌ يَجِبُ تَنْفِيذُها إذا احْتَمَلَها الثُّلُثُ ، فإذا لم يَحْتَمِلْها وَجَبَ تَنْفِيذُها فيما حَمَلَهُ ، كما لو وَصَّى بِعِتْقِ عَبْدِه فلم[2] يَحْمِلْه الثُّلُث ، وفارَقَ الوَكالةَ ، فإنَّه لو وَكَّلَه فى إعْتاقِ عَبْدٍ لم يَمْلِكْ إعْتاقَ بعضِه ، ولو أَوْصَى بإعْتاقِ عَبْدٍ ، لأُعْتِقَ منه ما يَحْتَمِلُه

(١) فى م زيادة : « محاباته » .

(٢) سقط من : ا ، م .

الثُّلُثُ . فأمَّا إن حَمَلَهُ الثُّلُث ، فاشْتَرَاه وأعْتَقَه ، ثم ظَهَرَ على المَيِّتِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ المالَ ، فالوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ، ويُرَدُّ العَبْدُ إلى الرِّقِّ إن كان اشْتَرَاه بعَيْنِ المالِ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أنَّ الشِّرَاءَ باطِلٌ بكَوْنِه اشْتَرَى بمالٍ مُسْتَحَقٍّ لِلْغُرَماءِ بغيرِ إذْنِهم ، وإن كان الشِّرَاءُ فى الذِّمَّةِ ، صَحَّ الشِّرَاءُ ، ونَفَذَ العِتْقُ/ ، وعلى المُشْتَرِى غَرَامةُ ثَمَنِه ، ولا يَرْجِعُ به على أحَدٍ ؛ لأنَّ البائِعَ ما غَرَّهُ ، إنَّما غَرَّهُ المُوصِى ، ولا تَرِكَةَ له فيَرْجِعُ عليها . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ . ويَحْتَمِلُ أن يُشَارِكَ الغُرَماءَ فى التَّرِكَةِ ، ويَضْرِبَ معهم بِقَدْرِ دَيْنِه ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لَزِمَهُ بتَغْرِيرِ المُوصِى ، فيَرْجِعُ به عليه ، فإذا كان مَيِّتًا لَزِمَه فى تَرِكَتِه ، كأَرْشِ جِنَايَتِه .

٦/٥٤ و

فصل : وإن وَصَّى بشِرَاءِ عَبْدٍ وأطْلَقَ ، أو وَصَّى بِبَيْعِ عَبْدِه وأطْلَقَ ، فالوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لابُدَّ لها من مُسْتَحِقٍّ ، ولا مُسْتَحِقَّ هٰهُنا . وإن وَصَّى بِبَيْعِهِ بِشَرْطِ العِتْقِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، وبِيعَ كذلك ؛ لأنَّ فى البَيْعِ هٰهُنا نَفْعًا لِلْعَبْدِ بالعِتْقِ . فإن لم يُوجَدْ من يَشْتَرِيه كذلك ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لِتَعَذُّرِها ، كما لو وَصَّى بشِرَاءِ عَبْدٍ لِيُعْتَقَ ، فلم يَبِعْهُ سَيِّدُه . وإن وَصَّى بِبَيْعِه لِرَجُلٍ بِعَيْنِه بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ ، بِيعَ به ؛ لأنَّه قد قَصَدَ إرْفاقَه بذلك فى الغالِبِ . وإن لم يُسَمِّ ثَمَنًا ، بِيعَ بقِيمَتِه ، وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ ؛ لِكَوْنِه قَصَدَ إيصالَ العَبْدِ بعَيْنِه إلى رَجُلٍ بعَيْنِه ، فيَحْتَمِلُ أن يَتَعَلَّقَ الغَرَضُ بإرْفاقِ العَبْدِ بإيصالِه إلى مَن هو مَعْرُوفٌ بحُسْنِ المَلَكَةِ ، وإعْتَاقِ الرِّقابِ . ويَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ إرْفاقَ المُشْتَرِى لِمَعْنًى يَحْصُلُ له من العَبْدِ . فإن تَعَذَّرَ بَيْعُه لذلك الرَّجُلِ ، أو أبَى أن يَشْتَرِيَهُ بالثَّمنِ ، أو بِقِيمَتِه إن لم يُعَيِّنِ الثَّمنَ ، بَطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لما ذَكَرْنا .

٩٧٨ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَبْدٍ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، وقِيمَتُهُ مِائَةٌ ، ولِآخَرَ بثُلُثِ مَالِهِ ، ومِلْكُهُ غَيْرُ العَبْدِ مِائَتَا دِرْهَمٍ ، فَأَجَازَ الوَرَثَةُ ذلِكَ**[1] ، **فلِمَنْ أَوْصَى له بالثُّلُثِ ثُلُثُ المائَتَيْنِ ورُبْعُ العَبْدِ ، ولِمَنْ أوْصَى لَهُ بالعَبْدِ ثَلَاثَةُ أرْباعِهِ . وَإنْ**

---

(١) سقط من : الأصل ، ا .

لَمْ يُجزِ الوَرَثةُ ذٰلِكَ ، فَلِمَنْ أوْصَى لَهُ بالثُّلُثِ سُدُسُ الْمائتَيْنِ وسُدُسُ العَبْدِ ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَه فِي الجَمِيعِ ، ولِمَنْ أوْصَى لَهُ بالعَبْدِ نِصْفُه ؛ لأنَّ وَصِيَّتَه ، فى الْعَبْدِ)

٥٤/٦ ظ وجملتُه أنَّه إذا أَوْصَى لِرَجُلٍ بمُعَيَّنٍ من مالِه ، ولآخَرَ بجُزْءٍ مُشَاعٍ منه ، / كثُلُثِ المالِ ورُبْعِه ، فأُجِيزَ لهما ، انْفَرَدَ صاحِبُ المُشَاعِ بوَصِيَّتِه من غيرِ المُعَيَّنِ ، ثم شارَكَ صاحِبَ المُعَيَّنِ فيه ، فيَقْتَسِمانِه بينهما على قَدْرِ حَقَّيْهِما فيه ، ويَدْخُلُ النَّقْصُ على كلِّ واحِدٍ منهما بقَدْرِ مالَه فى الوَصِيَّةِ ، كمَسائِلِ العَوْلِ ، وكما لو أَوْصَى لرَجُلٍ بمالِه ، ولآخَرَ بجُزْءٍ منه . فأمَّا فى حال الرَّدِّ ، فإن كانت وَصِيَّتُهما لا تُجاوِزُ الثُّلُثَ ، مثل أن يُوصِىَ لرَجُلٍ بسُدُسِ مالِه ، ولآخَرَ بمُعَيَّنٍ قِيمَتُه سُدُسُ المالِ ، فهى كحالِ الإِجَازَةِ سواء ، إذْ لا أثَرَ للرَّدِّ . وإن جاوَزَتْ[2] ثُلُثَه ، رَدَدْنا وَصِيَّتَهُما إلى الثُّلُثِ ، وقَسَمْناهُ بينهما على قَدْرِ وَصِيَّتِهِما ، إلَّا أنَّ صاحِبَ المُعَيَّنِ يَأْخُذُ نَصِيبَه من المُعَيَّنِ ، والآخَرَ يَأْخُذُ حَقَّه من جَمِيعِ المالِ . هذا[3] قولُ الخِرَقِىِّ ، وسائِرِ الأصْحابِ . ويَقْوَى عندى أنَّهما فى حالِ الرَّدِّ يَقْتَسِمانِ الثُّلُثَ ، على حَسَبِ ما لَهما فى الإِجَازَةِ . وهذا قولُ ابنِ أبى لَيْلَى . وقال أبو حنيفةَ ، ومالِكٌ فى الرَّدِّ : يَأْخُذُ صاحِبُ المُعَيَّنِ نَصِيبَه منه ، ويَضُمُّ الآخَرُ سِهَامَه إلى سِهَامِ الوَرَثةِ ، ويَقْتَسِمُونَ الباقِى على خَمْسَةٍ ، فى مثل مَسْأَلِةِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ له السُّدُسَ ، ولِلْوَرَثةِ أرْبَعةَ أسْدَاسٍ . وهو مثلُ قولِ الخِرَقِىِّ ، إلَّا أنَّ الخِرَقِىَّ يُعْطِيه السُّدُسَ من جَمِيعِ المالِ ، وعندَهما أنَّه يَأْخُذُ خُمْسَ المائَتَيْنِ وعُشْرَ العَبْدِ ، واتَّفَقُوا على أنَّ كلَّ واحِدٍ من الوَصِيَّيْنِ يَرْجِعُ إلى نِصْفِ وَصِيَّتِه ؛ لأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما قد أَوْصَى له بثُلُثِ المالِ ، وقد رَجَعَتِ الوَصِيَّتانِ إلى الثُّلُثِ ، وهو نِصْفُ الوَصِيَّتَيْنِ ، فيَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ إلى نِصْفِ وَصِيَّتِه ، ويَدْخُلُ النَّقْصُ على كلِّ واحِدٍ منهما بِقَدْرِ مالَه فى الوَصِيَّةِ .

---

(٢) فى الأصل ، ا : « جاوز » .

(٣) فى ا ، م : زيادة « هو » .

وفى قول الخِرَقِىِّ رحمة الله عليه : يَأْخُذُ (٤كلُّ واحدٍ منهما نِصْفَ وَصِيَّته من المَحَلِّ الذى وَصَّى له منه ، وصاحِبُ الثُّلُثِ يَأْخُذُ سُدُسَ الجَمِيعِ ٤) ؛ لأنَّه وَصَّى له بثُلُثِ الجَمِيعِ . وأمَّا على قَوْلِنا ، فإنَّ وَصِيَّةَ صاحِبِ العَبْدِ دُونَ وَصِيَّةِ صاحِبِ الثُّلُثِ ؛ لأنَّه وَصَّى له بشىءٍ أشْرَكَ معه غيرَه فيه كلِّه ، وصاحِبُ الثُّلُثِ أفْرَدَه بشىءٍ لم يُشَارِكْه فيه غيرُه ، فوَجَبَ أن يُقْسَمَ بينهما الثُّلُث حالةَ الرَّدِّ على حَسَبِ مالهما / فى حالِ الإِجَازَةِ ، كما فى سائِرِ الوَصَايَا . ففى (٥مسألةِ الْخِرَقِىِّ٥) هذه(٦) ، لِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ المائتَيْنِ سِتَّة وسِتُّونَ وثُلُثانِ ، لا يُزَاحِمُه الآخَرُ فيها ، ويَشْتَرِكانِ فى العَبْدِ ، لهذا ثُلُثُه ، وللآخَرِ جَمِيعُه ، فابْسُطْهُ(٧) من جِنْسِ الكَسْرِ ، وهو الثُّلُثُ ، يَصِيرُ العَبْدُ ثَلاثةً ، واضْمُمْ إليها الثُّلُثَ الذى لِلآخَرِ ، يَصِيرُ أرْبعةً ، ثم(٨) اقْسِمِ العَبْدَ على أرْبَعةِ أسْهُمٍ ، يَصِيرُ الثُّلُثُ رُبْعًا ، كما فى مَسائِلِ العَوْلِ . وفى حالِ الرَّدِّ تُرَدُّ وَصِيَّتُهما إلى ثُلُثِ المالِ ، وهو نِصْفُ وَصِيَّتِهما ، فيَرْجِعُ كلُّ واحِدٍ إلى نِصْفِ وَصِيَّته ، فيَرْجِعُ صاحِبُ الثُّلُثِ إلى سُدُسِ الجميعِ ، ويَرْجِعُ صاحِبُ العَبْدِ إلى نِصْفِه . وفى قَوْلِنا يُضْرَبُ مَخْرَجُ الثُّلُثِ فى مَخْرَجِ الرُّبْعِ ، يَكُنْ اثْنَا عَشَرَ ، ثم فى ثَلاثَةٍ تَكُنْ سِتَّةً وثَلاثِينَ ، فلِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ المائتَيْنِ ، وهو ثَمانية (٩من أرْبَعِينَ٩) ، ورُبْع العَبْدِ ، وهو ثَلاثَةُ أسْهُمٍ ، صارَ له أحَدَ عَشَرَ ، ولِصَاحِبِ العَبْدِ ثَلاثةُ أرْبَاعِه ، وذلك تِسْعَةُ أسْهُمٍ ، فيَضُمُّها إلى سِهَامِ صاحِبِ الثُّلُثِ ، صار الجَمِيعُ عِشْرِينَ سَهْمًا ، ففى حالِ الرَّدِّ تَجْعَلُ الثُّلُثَ عِشْرِينَ سَهْمًا(٦) ، والمالُ كلُّه سِتُّونَ ، فلِصَاحِبِ العَبْدِ تِسْعَةٌ من العَبْدِ ، وهو رُبْعُه وخُمْسُه ، ولِصَاحِبِ الثُّلُثِ ثَمانيةٌ من الأَرْبَعِينَ ، وهى خُمْسُها ، وثَلاثةٌ من العَبْدِ ،

٦/٥٥ و

(٤ – ٤) هذا مضروب عليه فى : الأصل ، ا . ومكتوب بدله بقلم مغاير : « سدس جميع المال » .

(٥ – ٥) فى م : « مسألتنا » .

(٦) سقط من : ا .

(٧) فى الأصل ، ب : « فأسقطه » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩ – ٩) سقط من : الأصل ، ا .

وذلك عُشْرُه ونِصْفُ عُشْرِه . وإن كانت وَصِيَّةُ صاحِبِ المُشَاعِ بالنِّصْفِ ، فله فى حالِ الإجَازَةِ مائةٌ وثُلُثُ العَبْدِ ، ولِصَاحِبِ العَبْدِ ثُلُثَاه ، وفى الرَّدِّ لِصَاحِبِ المُشَاعِ خُمْسُ المائتَيْنِ وخُمْسُ العَبْدِ ، ولِصَاحِبِ العَبْدِ خُمْسَاه . وعلى الوَجْهِ الآخَر ، لِصَاحِبِ المُشَاعِ رُبْعُ المائتَيْنِ وسُدُسُ العَبْدِ ، ولِصَاحِبِ العَبْدِ ثُلُثُه . وطَرِيقُها أن تَنْسُبَ الثُّلُثَ إلى ما حَصَلَ لهما فى الإجَازَةِ ، ثم تُعْطِى كلَّ واحِدٍ ممَّا حَصَلَ له فى الإجَازَةِ مِثْلَ تلك النِّسْبَةِ . وعلى الوَجْهِ الأوَّلِ تَنْسُبُ الثُّلُثَ إلى وَصِيَّتِهما ، ثم تُعْطِى كلَّ واحِدٍ فى الرَّدِّ مثلَ الخارِجِ بالنِّسْبَةِ ، وبَيَانُه فى هذه المَسْأَلةِ ، أنَّ نِسْبَةَ الثُّلُثِ إلى وَصِيَّتِهما بالخُمْسَيْنِ ؛ لأنَّ النِّصْفَ والثُّلُثَ خَمْسَةٌ من سِتَّةٍ ، فالثُّلُثُ / خُمْسَاهَا ، فلِصَاحِبِ العَبْدِ خُمْسَا العَبْدِ ؛ لأنَّه وَصِيَّتُه ، ولِصاحِبِ النِّصْفِ الخُمْسُ ؛ لأنَّه خُمْسَا وَصِيَّتِه . وعلى الوَجْهِ الآخَر ، قد حَصَلَ لهما فى الإجَازَةِ الثُّلُثانِ ، ونِسْبَةُ الثُّلُثِ إليهما بالنِّصْفِ ، فلكلِّ واحِدٍ منهما ممَّا حَصَلَ له فى الإجَازَةِ نِصْفُه ، وقد كان لِصَاحِبِ المُشَاعِ من المائتَيْنِ نِصْفُها ، فله رُبْعُها ، وكان له من العَبْدِ ثُلُثُه ، فصارَ له سُدُسُه ، وكان لِصَاحِبِ العَبْدِ ثُلُثَاه ، فصارَ له ثُلُثُه . وإن كانت المَسْأَلَةُ بحالِها ، ومِلْكُه غيرُ العَبْدِ ثَلاثُمائةٍ ، ففى الإجَازَةِ لِصَاحِبِ المُشَاعِ مائةٌ وخَمْسُونَ وثُلُثُ العَبْدِ ، ولِصَاحِبِ العَبْدِ ثُلُثَاه . وفى الرَّدِّ ، لِصَاحِبِ المُشَاعِ تُسْعَا المالِ كلِّه ، ولِصَاحِبِ العَبْدِ أرْبَعةُ أتْسَاعِه ، على الوَجْهِ الأوَّلِ . وعلى الوَجْهِ الثانى ، لِصَاحِبِ العَبْدِ رُبُعُه(١٠) وسُدُسُه ، وللآخَرِ ثُمْنُه ونِصْفُ سُدُسِه(١١) ، ومن المالِ ثَمانُونَ ، وهى رُبْعُها وسُدُسُ عُشْرِها . وإن وَصَّى لِرجُلٍ بجَمِيعِ مالِه ، ولآخَرَ بالعَبْدِ ، ففى الإجَازَةِ لِصَاحِبِ العَبْدِ نِصْفُه ، والباقِى كلُّه للآخَرِ . وفى الرَّدِّ يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بينهما على خَمْسَةٍ ، لِصَاحِبِ العَبْدِ خُمْسُه ، وهو رُبْعُ العَبْدِ وسُدُسُ عُشْرِه ، وللآخَرِ أرْبَعةُ أخْماسِه ، فله من العَبْدِ مثلُ ما حَصَلَ لِصَاحِبِه ،

---

(١٠) فى م : « أربعة » .

(١١) فى حاشية م : « صوابه ثلثه وخمس تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسه » .

ومن كلِّ مائةٍ مثلُ ذلك ، وهو ثمانونَ دينارًا . ولو خلَّفَ عَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ ومائتَيْنِ ، ووَصَّى لِرَجُلٍ بمائةٍ وبالعَبْدِ كلِّه ، ووَصَّى بالعَبْدِ لآخَرَ ، ففى حالِ الإجازةِ يُقسَّمُ العَبْدُ بينهما نِصْفَيْنِ ، ويَنْفَرِدُ صاحِبُ الثُّلُثِ بثُلُثِ الباقِى[12] . وفى الرَّدِّ ، لِلْمُوصَى له بالعَبْدِ ثُلُثُه ، وللآخَرِ ثُلُثُه وثُلُثُ المائةِ . وعلى الوَجْهِ الآخَرِ ، لِصَاحِبِ العَبْدِ رُبْعُه ، وللآخَرِ رُبْعُه ونِصْفُ المائةِ ، يَرْجِعُ كلُّ واحدٍ منهما إلى نِصْفِ وَصِيَّتِه . فإن لم تَزِد الوَصِيَّتانِ على الثُّلُثِ ، كرَجُلٍ خلَّفَ خَمْسَمائةٍ وعَبْدًا قِيمَتُه مائةٌ ، ووَصَّى لِرَجُلٍ بسُدُسِ مالِه ، ولآخَرَ بالعَبْدِ ، فلا أثَرَ لِلرَّدِّ هـٰهُنا ، ويَأْخُذُ صاحِبُ المُشَاعِ سُدُسَ المالِ وسُبْعَ العَبْدِ ، والآخَرُ ستَّةَ أسْبَاعِه . وإن وَصَّى لِصَاحِبِ المُشَاعِ بخُمْسِ المالِ ، فله مائةٌ وسُدُسُ العَبْدِ ، ولِصَاحِبِ العَبْدِ خَمْسَةُ / أسْدَاسِه . ولا أثَرَ لِلرَّدِّ أيضا ؛ لأنَّ الوَصِيَّتَيْنِ لم يَخْرُجْ بهما من المالِ أكْثَرُ من ثُلُثِه .

٥٦/٦ ظ

٩٧٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أوْصَى لِقَرَابَتِهِ ، فَهُوَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى بالسَّوِيَةِ ، ولا يُجَاوِزُ بِهَا[1] أرْبعَةَ آبَاءٍ ؛ لِأنَّ النَّبِىَّ ﷺ لَمْ يُجَاوِزْ بَنِى هَاشِمٍ بِسَهْمِ ذِى الْقُرْبَى)

وجملتُه أنَّ الرَّجُلَ إذا أوْصَى لِقَرَابَتِه ، أو لِقَرَابَةِ فُلانٍ ، كانت الوَصِيَّةُ لأوْلَادِه ، ولأوْلَادِ[2] أبيه ، وأوْلَادِ جَدِّه ، وأوْلَادِ جَدِّ أبيه ، ويَسْتَوِى فيه[3] الذَّكَرُ والأُنْثَى ، ولا يُعْطِى مَنْ هو أبْعَدُ منهم شيئًا ، فلو وَصَّى لِقَرَابةِ النبىِّ ﷺ ، أعْطَى أوْلَادَه وأوْلَادَ عَبْدِ المُطَّلِبِ وأوْلَادَ هاشِمٍ ، ولم يُعْطِ بَنِى عَبْدِ شَمْسٍ ولا بَنِى نَوْفَلٍ شَيْئًا ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لمَّا قال : ﴿ مَا أَفَاءَ ٱللهُ عَلَى رَسُولِه مِنْ أَهْلِ ٱلْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَى ﴾[4] . يعنى قُرْباءَ النبىِّ ﷺ ، أعْطَى النبىُّ ﷺ هؤلاء الذين ذَكَرْنَاهُم ، ولم يُعْطِ مَنْ هو أبْعَدُ منهم ، كبَنِى عَبْدِ شَمْسٍ ونَوْفَلٍ شَيْئًا ، إلَّا أنَّه أعْطَى بَنِى المُطَّلِبِ ،

---

(١٢) فى حاشية م : « صوابه بنصف الباق » .

(١) فى الأصل : « به » .

(٢) فى ا ، م : « وأولاد » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة الحشر ٧ .

وعَلَّل عَطِيَّتَهُم بأنَّهم « لم يُفَارِقُوا بَنِى هاشِمٍ ، فِى جَاهِلِيَّةٍ ولَا إسْلَامٍ »[٥] . و لم يُعْطِ قَرَابَةَ أُمِّه ، وهم بنو زُهْرَةَ شَيْئًا ، و لم يُعْطِ منهم[٦] إلا مُسْلِمًا ، فحُمِلَ مُطْلَقُ كَلَامِ المُوصِى على ما حُمِلَ عليه المُطْلَقُ من كَلَامِ اللهِ تعالى ، وفُسِّرَ بما فُسِّرَ به . ويُسَوَّى بين قَرِيبِهِم وبَعِيدِهم ، وذَكَرِهم وأُنْثَاهُم ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ لهم سَوَاءٌ ، ويَدْخُلُ فى الوَصِيَّةِ الكَبِيرُ والصَّغِيرُ ، والغَنِىُّ والفَقِيرُ ، ولا يَدْخُلُ الكُفَّارُ ؛ لأنَّهم لم يَدْخُلُوا فى المُسْتَحِقِّ من قُرْبَى النبىِّ ﷺ . وقد نَقَلَ عبدُ اللهِ ، وصالِحٌ ، عن أبِيهِما رِوَايَةً أُخْرَى ، أنَّه يُصْرَفُ إلى قَرَابَةِ أُمِّه ، إن كان يَصِلُهُم فى حَيَاتِه ، كأَخْوَالِه ، وخَالاتِه ، وإخْوَتِه[٧] من أُمِّه ، وإن كان لا يَصِلُهُم ، لم يُعْطَوْا شَيْئًا ؛ لأنَّ عَطِيَّتَه لهم فى حَيَاتِه قَرِينَةٌ دالَّةٌ على صِلَتِه لهم بعد مَمَاتِه ، وإلَّا فلا . وعنه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّه يُجَاوِزُ بها أرْبعةَ آباءٍ . ذَكَرَها ابنُ أبى موسى ، فى « الإرْشَادِ » . وهذه/ الرِّوَايَةُ تَدُلُّ على أن لَفْظَه لا يَتَقَيَّدُ بالقَيْدِ الذى ذَكَرْناه ، فعلى هذا يُعْطَى كلُّ مَن يُعْرَفُ بِقَرَابَتِه من قِبَلِ أبِيه وأُمِّه ، الذين يُنْسَبُونَ إلى الأَبِ الأَدْنَى الذى يُنْسَبُ إليه . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ؛ لأنَّهم قَرَابَةٌ ، فيَتَنَاوَلُهُم الاسْمُ ، ويَدْخُلُونَ فى عُمُومِه . وإعْطاءُ النبىِّ ﷺ لبعضِ قَرَابَتِه ، تَخْصِيصٌ لا يَمْنَعُ من [٨]العَمَلِ بالعُمُومِ[٨] فى غيرِ ذلك المَوْضِعِ . قال[٩] أبو حنيفةَ : قَرَابَتُه كلُّ ذِى رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فيُعْطَى مِن أدْنَاهُم اثْنانِ فصَاعِدًا ، فإذا كان له عَمَّانِ وخَالانِ ، فالوَصِيَّةُ لِعَمَّيْه ، وإن كان له عَمٌّ وخَالَانِ ، فلِعَمِّه النِّصْفُ ولِخَالَيْه النِّصْفُ . وقال قَتَادَةُ : للأَعْمامِ الثُّلُثانِ ، وللأَخْوالِ الثُّلُثُ . وبه قال الحَسَنُ ، قال : ويُزَادُ الأَقْرَبُ بعضَ الزِّيَادَةِ . وقال مالِكٌ : يُقَسَّمُ على الأَقْرَبِ فالأَقْرَبِ ، بالاجْتِهَادِ . ولَنا ، أنَّ هذا الاسْمَ له

٥٦/٦ ظ

(٥) تقدم تخريجه فى : ١١١/٤ .
(٦) فى الأصل : « منه » .
(٧) فى ا ، م : « وأخواته » .
(٨ – ٨) فى م : « العموم » .
(٩) فى ا ، م : « وقد قال » .

عُرْفٌ فى الشَّرْعِ ، وهو ما ذَكَرْناه ، فيَجِبُ حَمْلُه عليه ، وتَقْدِيمُه على العُرْفِ اللُّغَوِىِّ ، كالوضُوءِ والصَّلَاةِ والصَّوْمِ والحَجِّ ، ولا وَجْهَ لِتَخْصِيصِه بذِى الرَّحمِ المَحْرَمِ ، فإنَّ اسْمَ القَرابةِ يَقعُ على غيرِهم عُرْفًا وشَرْعًا ، وقد تَحْرُمُ على الرَّجُلِ رَبِيبَتُه ، وأُمَّهاتُ نِسائِه ، وحَلائِلُ آبائِه وأبنائِه ، ولا قَرابةَ لهم ، وتَحِلُّ له ابْنَةُ عَمِّه ، وعَمَّتِه ، وابْنةُ خالِه وخالَتِه ، وهُنَّ من أقارِبه ، وما ذَكَرُوه[10] من التَّفْصِيلِ لا يَقْتَضِيه اللَّفْظُ ، ولا يَدُلُّ عليه دَلِيلٌ ، فالمَصِيرُ إليه تَحَكُّمٌ ، فأمَّا إن كان فى لَفْظِه ما يَدُلُّ على إرادةِ قَرابةِ أُمِّه ، كقَوْلِه : وتُفضَّلُ قَرابَتِى من جِهَةِ أبِى على قَرابَتِى من جِهَةِ أُمِّى . أو قوله : إلَّا ابْنَ خالَتِى فُلانًا . أو نحو ذلك ، أو قَرِينَة تُخْرِجُ بعضَهم ، عُمِلَ بما دَلَّتْ عليه القَرِينَةُ ؛ لأنَّها تَصْرِفُ اللَّفْظَ عن ظاهِرِه إلى غيرِه .

فصل : فإن وَصَّى لأقْرَبِ أقارِبِه ، أو أقْرَبِ الناسِ إليه ، أو أقْرَبِهم به رَحِمًا ، لم يُدْفَعْ إلى الأبْعَدِ مع وُجُودِ الأقْرَبِ ، فيُقَدَّمُ الأَبُ على كلِّ مَنْ أدْلَى به من الأجْدادِ والإِخْوَةِ والأعْمامِ ، والابنُ مُقَدَّمٌ عليهم وعلى كلِّ مَنْ أدْلَى به . ويَسْتَوِى الأَبُ والابْنُ ؛ لأنَّ كلَّ / واحِدٍ منهما يُدْلِى بنَفْسِه من غيرِ واسِطَةٍ . ويَحْتَمِلُ أن يُقَدَّمَ الابْنُ ؛ لأنَّه يُسْقِطُ تَعْصِيبَ الأبِ . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ إسْقاطَه[11] تَعْصِيبَه لا يَمْنَعُ مُساوَاتَه فى القُرْبِ ، [12]ولا كَوْنَه[12] أقْرَبَ منه ، بدَلِيلِ أنَّ ابْنَ الابنِ يُسْقِطُ تَعْصِيبَه مع بُعْدِه ، ويُقَدَّمُ الابنُ على الجَدِّ ، والأبُ على ابْنِ الابْنِ . وقال أصْحابُ الشافِعِىِّ رَضِىَ اللهُ عنه : يُقَدَّمُ ابْنُ الابنِ على الأبِ ، [13]فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ[13] ؛ لأنَّه يُسْقِطُ تَعْصِيبَه . ولَنا ، أنَّ الأبَ يُدْلِى بنَفْسِه ، ويَلِى ابْنَه من غيرِ حاجِزٍ ، ولا يَسْقُطُ مِيراثُه بحالٍ ، بخِلَافِ ابْنِ الابنِ . والأبُ والأُمُّ سَواءٌ ، وكذلك الابْنُ ، والبِنْتُ ، والجَدُّ أبو الأبِ ، وأبو الأُمِّ ،

٥٧/٦ و

(١٠) فى ا ، م : « ذكره » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « إسقاط » .

(١٢ – ١٢) فى الأصل : « ولأن أبوته » .

(١٣ – ١٣) سقط من : الأصل .

وأُمُّ الأَبِ ، وأُمُّ الأُمِّ ، كلُّهم سَوَاءٌ ، ثم مِن بعدِ الأَوْلادِ أَوْلَادُ البَنِين وإن سَفَلُوا ، الأقْرَبُ فالأقْرَبُ ، الذُّكُورُ والإِنَاثُ ، وفى أَوْلَادِ البَنَات وَجْهانِ ، بِناءً على دُخُولِهم فى الوَقْفِ ، ثم من بعدِ الوَلَدِ الأَجْدَادُ ، الأقْرَبُ منهم فالأقْرَبُ ؛ لأَنَّهم العَمُودُ الثانِى ، ثم الإِخْوَةُ والأَخَوَاتُ ؛ لأنَّهم وَلَدُ الأَبِ ، أو مِن وَلَدِ الأُمِّ ، ثم وَلَدُهم وإن سَفَلُوا ، ولا شىءَ لوَلَدِ الأَخَواتِ ، إذا قُلْنا : لا يَدْخُلُ وَلَدُ البَناتِ . وإذا تَساوَتْ دَرَجَتُهُم فأَوْلاهُم[14] وَلَدُ الأَبَوَيْنِ ، ويُسَوَّى بين وَلَدِ الأَبِ وَوَلَدِ الأُمِّ ؛ لأَنَّهما على دَرَجَةٍ واحِدَةٍ وكذلك وَلَدَاهما . والأَخُ للأَبِ أَوْلَى من ابْنِ الأَخِ من الأَبوَيْنِ ، كما فى المِيرَاثِ ، ثم بعدَهم الأَعْمامُ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا . ويَستَوِى العَمُّ من الأَبِ والعَمُّ من الأُمِّ ، وكذلك أَبْنَاؤُهُما ، [15]ثم على[15] هذا التَّرْتِيبِ ، ذَكَرَه القاضى . وهذا مذهبُ الشافِعِىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، إلَّا أنَّه يَرَى دُخُولَ وَلَدِ البَنَاتِ والأَخَواتِ والأَخْوالِ والخالاتِ ، وهذا القولُ إنَّما يُخَرَّجُ فى مذهبِ أحمدَ على الرِّوَايةِ الثالِثَةِ ، التى تَجْعَلُ القَرَابةَ فيها كلَّ من يَقَعُ عليهم اسْمُ القَرَابةِ ، فأمَّا على الرِّوَايةِ التى اخْتارَها الخِرَقِىُّ ، وأَنَّ القَرَابةَ اسْمٌ لمن كان من أَوْلادِ الآباءِ ، فلا يَدْخُلُ فيه بَنُو[16] الأُمِّ ، ولا أقارِبها ؛ لأنَّ مَنْ لم يَكُنْ من القَرَابةِ ، لم يَكُنْ أَقْرَبَ القَرَابةِ ، فعلى هذا تَتَناوَلُ الوَصِيَّةُ مَن كان أَقْرَبَ / من أَوْلادِ المُوصِى ، وأوْلادِ آبائِه ، إلى أَرْبعةِ آباءٍ ، ولا يَعْدُوهم ذلك . وإن وَصَّى لِجمَاعةٍ من أَقْرَبِ الناسِ إليه ، أُعْطِىَ لِثَلَاثَةٍ من أقْرَبِ الناسِ إليه[17] . وإن وُجِدَ أَكْثَرُ من ثَلاثةٍ فى دَرَجةٍ واحِدَةٍ ، كالإِخْوَةِ ، فالوَصِيَّةُ لِجَمِيعِهم ؛ لأنَّ بعضَهم ليس بأَوْلَى من بعضٍ ، والاسْمُ يَشْمَلُهُم . وإن لم يُوجَدْ ثَلاثةٌ فى دَرَجةٍ واحِدَةٍ ، كُمِّلَتْ من الثانِيَةِ . وإن كانت فى الدَّرَجةِ الثانِيةِ جَماعةٌ ، سُوِّىَ[18] بينهم ؛ لما ذَكَرْنا فى الدَّرَجةِ الأُولَى . وإن لم

٥٧/٦ ظ

---

(١٤) فى ا : « فأولادهم » .

(١٥ – ١٥) فى م : « وعلى » .

(١٦) فى ا : « ولد » . وسقط من : م .

(١٧) سقط من : الأصل ، ا .

(١٨) فى ا : « تسوى » .

يُكَمَّلُ من الثانِيةِ ، فمن الثَّالِثَةِ ، فإذا وُجِدَ ابْنٌ وأَخٌ وَعَمٌّ ، فالوَصِيَّةُ بينهم أَثْلاثًا ، وكذلك إن كان ابْنٌ وأَخَوانِ ، وإن كان ابْنٌ وثَلاثَةُ إخْوَةٍ ، دَخَلَ جَمِيعُهُم فى الوَصِيَّةِ ، ويَنْبَغِى أن يكونَ لِلابْنِ ثُلُثُ الوَصِيَّةِ ولهم ثُلُثاها . فإن كان الابْنُ وارِثًا ، سَقَطَ حَقُّه من الوَصِيَّةِ إنْ لم يُجَزْ له ، والباقى للإخْوَةِ . وإن وَصَّى لِعَصَبَتِه ، فهو لمن يَرِثُه بالتَّعْصِيبِ فى الجُمْلةِ ، سواءٌ كانوا ممَّن يَرِثُ فى الحالِ ، أو لم يَكُنْ[19] . ويُسَوَّى بين قَرِيبِهِم وبَعِيدِهم ؛ لِشُمُولِ اللَّفظِ لهم . ولا خِلافَ فى أنهم لا يكونون من جِهَةِ الأُمِّ بحالٍ .

٩٨٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإنْ قَالَ : لِأَهْلِ بَيْتِى . أُعْطِىَ مِنْ قِبَلِ أَبِيهِ وأُمِّهِ**)

يعنى تُعْطَى أُمُّه وأقارِبُها ، الأخوالُ ، والخالاتُ ، وآباءُ أمه ، وأوْلادُهم ، وكلُّ مَن يُعْرَفُ بِقَرابَتِه . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فيما وَقَفْنا عليه ، التَّسْوِيَةُ بين هذا اللَّفْظِ ولَفْظِ القَرابةِ ، فإنَّه قال ، فى رِوايةِ عبدِ الله : إذا أَوْصَى بثُلُثِ مالِه لأَهْلِ بَيْتِه ، هو بمَثابةِ قولِه لِقَرابَتِى . وحَكاهُ ابنُ المُنْذِرِ ، عن أحمدَ . وقال أحمدُ : قال النبىُّ ﷺ : « **لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِى وَلَا لِأَهْلِ بَيْتِى** »[1] . فجَعَلَ سَهْمَ ذَوِى[2] القُرْبَى لهم عِوَضًا عن[3] الصَّدَقةِ التى حُرِّمَتْ عليهم ، فكان ذَوُو القُرْبَى الذين سَمَّاهُم اللهُ تعالى هم أَهْلُ بَيْتِه الذين حُرِّمَتْ عليهم الصَّدَقَةُ . وذَكَرَ حَدِيثَ زَيْدِ بن أَرْقَمَ ، أَنَّ النبىَّ ﷺ ، قال : « أُذَكِّرُكُمُ اللهَ فِى أَهْلِ بَيْتِى » . قال قُلْنا : مَن أهلُ بَيْتِه ، نِساؤُه ؟ قال : لا ، أصْلُه وعَشِيرَتُه الذين حُرِّمَتْ / عليهم الصَّدَقَةُ بَعْدَهُ[4] ؛ آلُ عَلِىٍّ ، وآل عَقِيلٍ ، وآل جَعْفَرٍ ، وآل العَبَّاسِ[5] . وقال القاضى : قال ثَعْلَبٌ : أهْلُ البَيْتِ عند العَرَبِ آباءُ

٦/٥٨ و

---

(١٩) فى ا : « يرث » .

(١) تقدم تخريجه فى : ٤/١٠٩ .

(٢) فى م : « ذى » .

(٣) فى الأصل ، ا : « من » .

(٤) سقط من : م .

(٥) أخرجه الدارمى ، فى : باب فضل من قرأ القرآن ، من كتاب فضائل القرآن . سنن الدرامى ٢/٤٣٢ مختصرًا . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٦٧ .

الرَّجُلِ وأَوْلَادُهُم ، كالأَجْدَادِ والأعْمام وأَوْلَادِهم ، ويَسْتَوِى فيه الذُّكُورُ والإِنَاثُ .
وذَكَرَ القاضى أَنَّ أَوْلَادَ الرَّجُلِ لا يَدْخُلُونَ فى اسْمِ القَرابَةِ ، ولا أَهْلِ بَيْتِه . وليس هذا بشىءٍ ، فإنَّ وَلَدَ النبىِّ ﷺ من أهلِ بَيْتِه وأقَارِبِهِ الذين حُرِمُوا الصَّدَقَةَ ، وأُعْطُوا من سَهْمِ ذِى القُرْبَى ، وهم مِن أَقْرَبِ أَقَارِبِه ، فكيف لا يَكُونُونَ من أَقَارِبِه ، وقد قال النبىُّ ﷺ لِفَاطِمَةَ ووَلَدَيْها وزَوْجِها : « اللَّهُمَّ هٰؤُلاءِ أَهْلُ بَيْتِى ، فأَذْهِبْ عَنْهُمُ الرِّجْسَ وطَهِّرْهُمْ تَطْهِيرًا »[6] ؟ ولو وَقَفَ على أَقَارِب رَجُلٍ ، أو أَوْصَى لأقَارِبِه ، دَخَلَ فيه ولدُه ، بغير خِلَافٍ عَلِمْتُه . والخِرَقِىُّ قد[7] عَدَّهُم فى القَرابةِ بقولِه : « لا يُجَاوِزُ بها أَرْبعةَ آباءٍ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ لم يُجَاوِزْ بَنِى هاشِمٍ بسَهْمِ ذِى القُرْبَى » . فجعل هاشِمًا الأَبَ الرَّابعَ ، ولا يكونُ رَابِعًا إلَّا أن يَعُدَّ النبىَّ ﷺ أَبًا ؛ لأنَّ هاشِمًا إنَّما هو رابعُ النبىِّ ﷺ .

فصل : وإن وَصَّى لآلِه ، فهو مثلُ قَرَابَتِه ، فإنَّ فى بعضِ أَلْفاظِ زَيْدِ بن أَرْقَمَ : من آلُ رَسُولِ اللهِ ﷺ ؟ قال : أَصْلُه ، وعَشِيرَتُه الذين حُرِمُوا الصَّدَقَةَ بعدَه ؛ آلُ علِىٍّ ، وآلُ العَبَّاسِ ، وآلُ جَعْفَرٍ ، وآلُ عَقِيلٍ . والأصْلُ فى آلِ أَهْلٌ ، فقُلِبَتِ الهاءُ هَمْزَةً ، كما قالوا : هَرَقْتُ الماءَ وأَرَقْتُه . ومُدَّتْ لئَلَّا تَجْتَمِعَ هَمْزَتَانِ . وإن وَصَّى لِعِتْرَتِه ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ فى ذلك ، وهو فى عُرْفِ الناسِ عَشِيرَتُه الأَدْنُون ، وولدُه الذُّكُور والإِنَاثُ وإن سَفَلُوا ، فتُصْرَفُ الوَصِيَّةُ إليهم ، وبذلك فَسَّرَهُ ابن قُتَيْبَةَ ، قال[8] : ويَدُلُّ[9] على ذلك[9] قولُ أبى بَكْرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه : نحن عِتْرَةُ النبىِّ ﷺ ، وبَيضَتُه التى تَفَقَّأَتْ عنه . وقال ثَعْلَبٌ ، وابنُ الأَعْرَابِىِّ : العِتْرَةُ الأَوْلَادُ ، وأَوْلَادُ / الأَوْلَادِ . ولم يُدْخِلَا فى ذلك العَشِيرَةَ ، والأَوَّلُ أصَحُّ وأَشْهَرُ فى عُرْفِ الناسِ ، مع أنَّه قد دَلَّ على صِحَّتِه قولُ أبى بكرٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى مَحْفَلٍ من أصْحابِ النبىِّ ﷺ ، فلم يُنْكِرْهُ أحدٌ ، وهم

٥٨/٦ ظ

---

(٦) أخرجه الترمذى ، فى : باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ٢٤٩/١٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٢/٦ ، ٢٩٨ ، ٣٠٤ .

(٧) سقط من : ا ، م .

(٨) فى غريب الحديث ٢٣٠/١ .

(٩ - ٩) فى الأصل : « عليه » .

أَهْلُ اللِّسانِ ، فلا يُعَوَّلُ على ما خَالَفَه . وإن وَصَّى لِقَوْمِه ، أو لِنُسَبَائِه ، فقال أبو بكرٍ : هذا بمَثَابةِ أَهْلِ بَيْتِه . وقال القاضى : إذا قال : لِرَحِمِى ، أو لأَرْحَامِى ، أو لأَنْسابِى ، أو لِمنَاسِبِى . صُرِفَ إلى قَرَابَتِه من قِبَلِ أبيه وأُمِّه ، ويَتَعَدَّى وَلَدَ الأبِ الخامِسِ . فعلى هذا يُصْرَفُ إلى كلِّ من يَرِثُ بِفَرْضٍ أو تَعْصِيبٍ أو بالرَّحِمِ فى حالٍ من الأَحْوالِ . وقولُ أبى بكرٍ فى المُنَاسِبِين أَوْلَى مِن قولِ القاضى ؛ لأنَّ ذلك فى العُرْفِ يُطْلَقُ على مَنْ كان من العَشِيرَةِ التى يَنْتَسِبانِ إليها ، وإذا كان كلُّ واحدٍ منهما يَنْتَسِبُ إلى قَبِيلَةٍ غيرِ قَبِيلَةِ صاحِبِه ، فليس بمُنَاسِبٍ له .

فصل : وإن وَصَّى لمَوَالِيه ، وله مَوَالٍ من فوقَ ، وهم مُعْتِقُوه ، فالوَصِيَّةُ لهم ؛ لأنَّ الاسْمَ يَتَنَاوَلُهُم ، وقد تَعَيَّنُوا بوُجُودِهم دُونَ غيرِهم . وإن لم يَكُنْ له إلَّا مَوالٍ مِن أسْفَل فهى[10] لهم كذلك . وإن اجْتَمَعُوا ، فالوَصِيَّةُ لهم جميعا ، يَسْتَوُونَ فيها ؛ لأنَّ الاسْمَ يَشْمَلُ جَمِيعَهُم . وقال أصْحابُ الرأىِ : الوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لأنَّها لغيرِ مُعَيَّنٍ . وقال أبو ثَوْرٍ : يُقْرَعُ بينهما ؛ لأنَّ أحَدَهُما ليس بأَوْلَى من الآخرِ . وقال ابن القاسِمِ : هى لِلْمَوْلَى من أسْفَلَ . ولأَصْحابِ الشافِعِىِّ أَرْبَعةُ أَوْجُهٍ ، كقَوْلِنا ، وقولِ أصْحابِ الرأىِ ، والثالث ، هى لِلْمَوالِى من فَوْقَ ؛ لأنَّهم أقْوَى ، بِدَلِيلِ أنَّهم عَصَبَتُه[11] ويَرِثُونَه ، بخِلَافِ عُتَقَائِه . والرابع ، يَقِفُ الأَمْرُ حتى يَصْطَلِحُوا . ولَنا ، أنَّ الاسْمَ يَتناوَلُ الجَمِيعَ حَقِيقَةً وعُرْفًا ، فدَخَلُوا فى الوَصِيَّةِ ، كما لو وَصَّى لإِخْوَتِه . وقولُهم : غيرُ مُعَيَّنٍ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإن مع[12] التَّعْمِيمِ يَحْصُلُ التَّعْيِينُ ، ولذلك لو حلفَ : لا كَلَّمْتُ مَوالِىَّ . حَنَثَ بكَلَامِ أيِّهم كان . وقولهم : إن المَوْلَى من فَوْقَ أقْوَى . / قُلْنا : مع شُمُولِ الاسْمِ لهم يَدْخُلُ فيه الأَقْوَى والأَضْعَفُ ، كإِخْوَتِه ، ولا شىءَ لِابنِ العَمِّ ، ولا لِلنَّاصِرِ [13]ولا لِلْحَلِيفِ[13] ، ولا لغيرِ مَنْ ذَكَرْنا ؛ لأنَّ الاسْمَ إن لم يَتَنَاوَلْهُم

٥٩/٦ و

---

(١٠) فى م : « فهو » .

(١١) فى م : « عصبة » .

(١٢) فى ا ، م : « من » .

(١٣ – ١٣) سقط من : م .

حَقِيقَةً ، لم يَتَناوَلْهُم عُرْفًا ، والأسْماءُ العُرْفِيَّةُ تُقَدَّمُ على الحَقِيقَةِ . ولا يَسْتَحِقُّ مَوْلَى ابْنِه مع وُجُودِ مَوَالِيه . وقال زُفَر : يَسْتَحِقُّ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ مَوْلَى ابْنِه ليس بمَوْلًى له حَقِيقَةً ، إذا كان له مَوْلًى سِوَاهُ ، فإن لم يَكُنْ له مَوْلًى ، فقال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : يكونُ لمَوْلَى[14] أبِيه . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : لا شيءَ له ؛ لأنَّه ليس بمَوْلًى له[15] . واحْتَجَّ الشَّرِيفُ بأنَّ الاسْمَ يَتناوَلُ مَوَالِيَ أبِيه مَجازًا ، فإذا تَعَذَّرَتِ الحَقِيقَةُ ، وَجَبَ صَرْفُ الاسْمِ إلى مَجازِه ، والعَمَلُ به ، تَصْحِيحًا لِكَلَامِ المُكَلَّفِ عندَ إمْكانِ تَصْحِيحِه ، ولأنَّ الظاهِرَ إرادَتُه المَجازَ ، لكَوْنِه مَحْمَلًا صَحِيحًا ، وإرادَةُ الصَّحِيحِ أغْلَبُ من إرادَةِ الفاسِدِ . فإن كان له مَوَالٍ ومَوَالِي أبٍ حينَ الوَصِيَّةِ ، ثم انْقَرضَ مَوالِيه قبلَ المَوْتِ ، لم يكُنْ لِمَوالِي الأَبِ شيءٌ على مُقْتَضَى ما ذَكَرْناه ، لأنَّ الوَصِيَّةَ كانت لغيرِهِم ، فلا تَعُودُ إليهم إلَّا بِعَقْدٍ ، ولم يُوجَدْ . ولا يُشْبِه هذا قولَه : أوْصَيْتُ لأقْرَبِ الناسِ إلىَّ . وله ابنٌ وابنُ ابنٍ ، فماتَ الابنُ ، حيثُ يَسْتَحِقُّ ابنُ الابنِ ، وإن كان لا يَسْتَحِقُّ مع حَياةِ الابنِ شَيْئًا ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ هٰهُنا لِمَوْصُوفٍ بصِفَةٍ وُجِدَتْ فى ابْنِ الابنِ ، كوُجُودِها فى الابنِ حَقِيقةً ، وفى المَوْلَى يَقَعُ الاسْمُ على مَوْلَى نَفْسِه حَقِيقَةً ، وعلى مَوْلَى أبِيه مَجازًا ، فمع وُجُودِهِم جَمِيعًا ، لا يُحْمَلُ اللَّفْظُ إلَّا على الحَقِيقَةِ ، وهذه الصِّفَةُ لا[16] تُوجَدُ فى مَوْلَى أبِيه . قال الشَّرِيفُ : ويَدْخُلُ فى الوَصِيَّةِ لِلْمَوالِي مُدَبَّرُه ، وأُمُّ وَلَدِه ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ إنَّما تُسْتَحَقُّ بعدَ المَوْتِ ، وهم حِينَئِذٍ مَوالٍ فى الحَقِيقَةِ .

فصل : وإن وَصَّى لِجِيرَانِه ، فهم أهْلُ أرْبَعِينَ دارًا من كلِّ جانِبٍ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الأوْزَاعِىُّ ، والشافِعِىُّ . وقال أبو حنيفَةَ : الجارُ المُلَاصِقُ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « الجارُ / أحَقُّ بِصَقَبِه »[17] . يَعْنِى الشُّفْعة ، وإنَّما تَثْبُتُ لِلْمُلَاصِقِ ، ولأنَّ

٦/٥٩ ظ

---

(١٤) فى م : « لموالى » .

(١٥) سقط من : ا .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) تقدم تخريجه فى : ٧/٤٣٧ .

الجارَ مُشْتَقٌّ من المُجَاوَرةِ . وقال قَتَادَةُ : الجارُ الدَّارُ والدَّارَان . ورُوِى عن عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى قولِ النبىِّ ﷺ : « لَا صَلَاةَ لِجَارِ المَسْجِدِ إِلَّا فى المَسْجِدِ »[18] . قال : من سَمِعَ النِّدَاءَ . وقال سَعِيدُ بن عَمْرِو بن جَعْدَةَ : مَنْ سَمِعَ الإِقامةَ . وقال أبو يوسفَ : الجيرانُ أهْلُ المَحلّةِ[19] إن جَمَعَهم مسجدٌ ، فإن تفرَّق أهلُ المَحَلَّةِ[19] فى مَسْجِدَيْنِ صَغِيرَيْنِ مُتقارِبَيْنِ ، فالجَمِيعُ جيرانٌ ، وإن كانا عَظِيمَيْنِ ، فكلُّ أهْلِ مَسْجِدٍ جيرانٌ ، وأمَّا الأمْصارُ التى فيها القَبائِلُ ، فالجِوارُ على الأفْخاذِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو هُرَيْرةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « الجارُ أرْبَعُونَ دَارًا ، هٰكَذَا وهٰكَذَا وهٰكَذَا وهٰكَذَا »[20] . وهذا نَصٌّ لا يجوزُ العُدُولُ عنه إن صَحَّ ، وإن لم يَثْبُت الخَبَرُ ، فالجارُ هو المُقَارِبُ ، ويُرْجَعُ فى ذلك إلى العُرْفِ .

فصل : وإن وَصَّى لأهْلِ دَرْبِه أو سِكَّتِه ، فهم أهْلُ المَحلَّةِ الذين طَرِيقُهُم فى دَرْبِه .

فصل : وإن وَصَّى لأَصْنافِ الزَّكَاةِ المَذْكُورينَ فى القُرْآنِ ، فهم الذين يَسْتَحِقُّونَ من الزَّكاةِ ، ويَنْبَغِى أن يُجْعَلَ لكلِّ[21] صِنْفٍ ثُمُنُ الوَصِيَّةِ ، كما لو وَصَّى لِثَمانِ قَبائِلَ ، والفَرْقُ بين هذا وبين الزَّكاةِ ، حيث يجوزُ الاقْتِصارُ على صِنْفٍ واحدٍ ، أنَّ آيةَ الزَّكاةِ أُرِيدَ بها بَيَان مَن يجوزُ الدَّفْعُ إليه ، والوَصِيَّةُ أُرِيدَ بها بَيَان مَن يَجِبُ الدَّفْعُ إليه . ويجوزُ الاقْتِصارُ من كلِّ صِنْفٍ على واحدٍ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ اسْتِيعَابُهُم . وحُكِى هذا عن أصْحابِ الرَّأْىِ . وعن محمدِ بن الحَسَنِ أنَّه قال : لا يَجُوزُ الدَّفْعُ إلى أقَلَّ من اثْنَيْنِ . وحَكَى أبو الخَطَّابِ رِوَايةً ثانِيةً عن أحمدَ ، أنَّه لا يجوزُ الدَّفْعُ إلى أقَلَّ من ثَلاثةٍ من كلِّ صِنْفٍ . وهو مذهبُ الشافِعِىِّ . وأصْلُ هذا الاخْتِلَافِ فى الزَّكاةِ وقد ذَكَرْناه .

---

(18) تقدم تخريجه فى : 3/8 . ويضاف إليه : كما أخرجه البيهقى ، فى : باب المأموم يصلى خارج المسجد ... ، من كتاب الصلاة . السنن الكبرى 3/111 عن على . وعبد الرزاق ، فى : باب من سمع النداء ، من كتاب الصلاة . المصنف 1/498 موقوفا . والحاكم ، فى : باب ما من ثلاثة فى قرية ولا فى بدو لا تقام فيهم الصلاة إلا قد استحوذ عليهم الشيطان ... ، من كتاب الصلاة . المستدرك 1/246 عن أبى هريرة .

(19 - 19) سقط من : م .

(20) انظر : كتاب الوصايا ، فى : تلخيص الحبير 3/92 . وإرواء الغليل ، فى : باب الموصى له ، من كتاب الوصايا 6 / 100 .

(21) فى م : « لكم » خطأ .

ولا يَجُوزُ الصَّرْفُ إلَّا إلى المُسْتَحِقِّ من أَهْلِ بَلَدِه . وإن وَصَّى لِلْفُقَرَاءِ وَحْدَهم ، دَخَلَ فيه المَساكِينُ . وإن أَوْصَى لِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ فيه الفُقَرَاءُ ؛ لأنَّهم صِنْفٌ واحِدٌ فيما عَدا الزَّكَاةِ ، إلَّا أن يَذْكُرَ الصِّنْفَيْنِ جَمِيعًا ، / فيَدُلُّ ذلك[22] على أنَّه أرادَ المُغَايَرَةَ بينهما . ويُسْتَحَبُّ تَعْمِيمُ مَن أمْكَنَ منهم ، والدَّفْعُ إليهم على قَدْرِ الحاجَةِ ، والبِدَايةُ بأقارِبِ المُوصِى ، على ما ذَكَرْنا[23] فى بابِ الزَّكَاةِ .

٦٠/٦ و

فصل : وإن أوْصَى بشىءٍ لِزَيْدٍ ولِلْمَساكِينِ ، فلِزَيْدٍ نِصْفُ الوَصِيَّةِ . وبهذا قال أبو حنيفَةَ ، ومحمدٌ . وعن محمدٍ : لِزَيْدٍ ثُلُثُه ، ولِلْمَساكِينِ ثُلُثاه ؛ لأنَّ أقَلَّ الجَمْعِ اثْنانِ . وقال الشافِعِىُّ : يكونُ كأَحَدِهِم ، إن عَمَّهُم أعْطَاهُ كَوَاحِدٍ منهم ، وإن قَسَمَ على ثَلَاثةٍ منهم جَعَلَه كأحَدِهِم . وحَكَى أصْحابُه وَجْهَيْنِ آخَرَيْنِ ، أحدهما كمَذْهَبِنا . والثانى له رُبْعُ الوَصِيَّةِ ؛ لأنَّ أقَلَّ الجَمْعِ ثَلَاثَةٌ ، فإذا انْضَمَّ إليهم صارُوا أرْبَعةً . ولَنا ، أنَّه جَعَلَ الوَصِيَّةَ لجِهَتَيْنِ ، فوَجَبَ أن يُقَسَّمَ بينهم ، كما لو قال : لِزَيْدٍ وعَمْرٍو . ولأنَّه لو وَصَّى لِقُرَيْشٍ وتَمِيمٍ ، لم يُشْرَكْ بينهم على قَدْرِ عَدَدِهِم ، ولا على قَدْرِ من يُعْطَى منهم ، بل يُقَسَّمُ بينهم نِصْفَيْنِ ، كذلك هٰهُنا . وإن كان زَيْدٌ مِسْكِينًا ، لم يُدْفَعْ إليه من سَهْمِ المَساكِينِ شىءٌ . وبه قال الحَسَنُ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ عَطْفَهُم عليه يَدُلُّ على المُغَايَرَةِ بينهما ، إذ الظاهِرُ المُغَايَرَةُ بين المَعْطُوفِ والمَعْطُوفِ عليه ، ولأن تَجْوِيزَ ذلك يُفْضِى إلى تَجْوِيزِ دَفْعِ الجَمِيعِ إليه ، ولَفْظُه يَقْتَضِى خِلَافَ ذلك . فأمَّا إن كانت الوَصِيَّةُ لِقَوْمٍ يُمْكِنُ اسْتِيعابُهُم وحَصْرُهُم ، مثل أن يقولَ : هذا لِزَيْدٍ وإخْوَتِه . فيَحْتَمِلُ أنَّه يكونُ كأحَدِهِم ؛ لأنَّه شَرَّكَ بينه وبينهم على وَجْهٍ لا يجوزُ الإخْلَالُ بِبَعْضِهِم ، فتَساوَوْا فيه ، كما لو قال : هذا لكم . ويَحْتَمِلُ أن يكونَ كالتى قبلَها .

فصل : وإن قال : اشْتَرُوا بِثُلُثِى رِقَابًا ، فأعْتِقُوهُم . لم يَجُزْ صَرْفُه إلى المُكَاتَبِينَ ؛

---

(٢٢) سقط من : ا .

(٢٣) فى الأصل ، ا : « ذكره » .

لأنَّه وَصَّى بالشِّرَاءِ ، لا بالدَّفْعِ إليهم . فإن اتَّسَعَ الثُّلُثُ لِثَلاثَةٍ ، لم يَجُزْ أن يُشْتَرَى أقَلُّ منها ؛ لأنَّها أقَلُّ الجَمْعِ . وإن قَدَرْتَ[24] على أن تَشْتَرِىَ أكْثَرَ من ثَلاثَةٍ بثَمَنِ ثَلاثَةٍ غالِيَةٍ ، كان أوْلَى وأفْضَلَ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ أعْتَقَ امْرءًا مُسْلِمًا ، أعْتَقَ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ »[25] . ولأنَّه يُفَرِّجُ عن[26] نفسٍ زائِدَةٍ ، فكان أفْضَلَ من عَدَمِ ذلك . وإن أمْكَنَ شِرَاءُ ثَلاثَةٍ رَخِيصَةٍ ، وحِصَّةٍ من الرَّابِعَةِ ، بثَمَنِ ثَلاثَةٍ غالِيَةٍ / ، فالثَّلاثةُ أوْلَى ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ لما سُئِلَ عن أفْضَلِ الرِّقَابِ ، قال : « أغْلاها ثَمَنًا ، وأنْفَسُهَا عِنْدَ أهْلِهَا »[27] . والقَصْدُ من العِتْقِ تَكْمِيلُ الأحْكامِ ، من

٦٠/٦ ظ

---

(٢٤) فى الأصل ، ا : « قدر » .

(٢٥) أخرجه البخارى ، فى : باب قوله تعالى : ﴿ فك رقبة * أو إطعام فى يوم ذى مسغبة * يتيمًا ذا مقربة ﴾ ، من كتاب العتق ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ أو تحرير رقبة ﴾ وأى الرقاب أزكى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ١٨٨/٣ ، ١٨١/٨ . ومسلم ، فى : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧/٢ . وأبو داود ، فى : باب فى ثواب العتق ، وباب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . سنن أبى داود ٣٥٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثواب من أعتق رقبة ، وباب ما جاء فى فضل من أعتق ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٤/٧ ، ٢٥ ، ٣٠ ، ٣١ . والنسائى ، فى : باب ثواب من رمى بسهم فى سبيل الله عز وجل ، من كتاب المجتبى ٢٣/٦ . وابن ماجه ، فى : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢٠/٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ ، ١١٣/٤ ، ٢٣٥ ، ٣٢١ ، ٣٤٤ ، ٣٨٦ ، ٤٠٤ .

(٢٦) فى م : « عنه » .

(٢٧) أخرجه البخارى ، فى : باب أى الرقاب أفضل ، من كتاب العتق . صحيح البخارى ١٨٨/٣ . ومسلم ، فى : باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٨٩/١ ، وابن ماجه ، فى : باب العتق ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣/٢ . والإمام مالك ، فى : باب فضل عتق الرقاب ، وباب عتق الزانية وابن الزنا ، من كتاب العتق . الموطأ ٧٧٩/٢ ، ٧٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٨٨/٢ ، ١٥٠/٥ ، ١٧١ ، ٢٦٥ .

الوِلَايةِ ، والجُمُعةِ ، والحَجِّ ، والجِهَادِ ، وسائِرِ الأحْكامِ التى تَخْتَلِفُ بالرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك إلَّا بإعْتاقِ جَمِيعِه . وهذا التَّفْضِيلُ – والله أعلم – من النبيِّ ﷺ لِلغالِيَةِ ، إنَّما يكون مع التَّسَاوِى فى المَصْلَحةِ ، فأمَّا إن تَرجَّحَ بعضُهم بِدينٍ ، وعِفَّةٍ ، وصَلَاحٍ ، ومَصلَحةٍ له فى العِتْقِ ، بأن يكونَ مَضْرُورًا بالرِّقِّ ، وله صَلَاحٌ فى العِتْقِ ، وغيره له مَصْلَحةٌ فى الرِّقِّ ، ولا مَصْلَحةَ له فى العتْقِ ، وربَّما تَضَرَّرَ به ، من فَواتِ نَفقَتِه ، وكَفَالَتِه ، ومَصَالِحِه ، وعَجْزِه بعدَ العِتْقِ عن الكَسْبِ ، وخُرُوجِه عن الصِّيَانةِ والحِفْظِ ، فإنَّ إعْتاقَ مَن كَثُرَت المَصْلَحةُ فى إعْتاقِه أفْضَلُ وأوْلَى ، وإن قَلَّتْ قِيمَتُه ، ولا يَسُوغُ إعْتاقُ مَنْ فى إعْتاقِه مَفْسَدَةٌ ؛ لأنَّ مَقْصُودَ المُوصِى تَحْصِيلُ الثَّوابِ والأَجْرِ ، ولا أجْرَ فى إعْتاقِ هذا . ولا يجوزُ أن يُعْتَقَ إلَّا رَقَبةٌ مُسْلِمةٌ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لمَّا قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[28] . لم يَتَنَاوَلْ إلَّا المُسْلِمةَ ، ومُطْلَقُ كَلَامِ الآدَمِىِّ مَحْمولٌ على مُطْلَقِ كَلَامِ اللهِ تعالى . ولا يجوزُ إعْتاقُ مَعِيبَةٍ عَيْبًا يَمْنَعُ الإجْزاءَ فى الكَفَّارَةِ ؛ لما ذَكَرْنا . واللهُ أعْلَمُ .

فصل : ونقَل المَرُّوذِىُّ ، عن أحمدَ ، فى مَن أوْصَى بثُلُثِه فى أبْوابِ البِرِّ ، يُجزَّأُ ثَلاثَةَ أجْزَاءٍ ؛ جُزْءٌ فى الجِهَادِ ، وجُزْءٌ يُتَصدَّقُ به فى قَرَابَتِه ، وجُزْءٌ فى الحَجِّ . وقال فى رِوَايةِ أبى دَاوُدَ : الغَزْوُ يُبْدَأُ به . وحُكِىَ عنه أنَّه جَعَلَ جُزْءًا فى فِدَاءِ الأَسْرَى . وهذا والله أعلمُ ليس على سَبِيلِ اللُّزومِ والتَّحْدِيدِ ، بل يَجُوزُ صَرْفُه فى جِهَاتِ البِرِّ كلِّها ؛ لأنَّ اللَّفْظَ لِلعُمُومِ ، فيَجِبُ حَمْلُه على عُمُومِه ، ولا يَجُوزُ تَخْصِيصُ العُمُومِ بغيرِ دَلِيلٍ ، وربَّما كان غيرُ هذه الجِهَاتِ أحْوَجَ من بعضِها وأحَقَّ ، وقد تَدْعُو الحاجَةُ إلى تكْفِينِ مَيِّتٍ ، وإصْلَاحِ طَرِيقٍ ، وفَكِّ أسِيرٍ ، وإعْتاقِ رَقَبةٍ ، وقَضاءِ دَيْنٍ ، وإغاثةِ مَلْهُوفٍ ، أكْثَرَ من دُعَائِها إلى حَجٍّ مَنْ لا يَجِبُ عليه الحَجُّ ، فيُكَلَّفُ وُجُوبَ ما لم يكُنْ عليه واجِبًا وتَعَبًا كان اللهُ قد أرَاحَه منه ، من غيرِ مَصْلَحةٍ تَعُودُ / على أحدٍ من خَلْقِ الله ، فتَقْدِيمُ هذا على ما مَصْلَحَتُه ظاهِرَةٌ ، والحاجَةُ إليه داعِيةٌ ، بغيرِ دَلِيلٍ ، تَحَكُّمٌ لا مَعْنَى له . وإذا قال :

٦١/٦ و

(٢٨) سورة النساء ٩٢ ، وسورة المجادلة ٣ .

ضَعْ ثُلُثِي حيثُ يُرِيكَ اللهُ . فله صَرْفُه فى أى جِهَةٍ من جِهَاتِ القُرَبِ ، رَأَى وَضْعَه فيها ، عَمَلًا بمُقْتَضَى وَصِيَّته . وذَكَرَ القاضى أنَّه يَجِبُ صَرْفُه إلى الفُقَراءِ والمَساكِينِ ، والأَفْضَلُ صَرْفُه إلى فُقَراءِ أقَارِبِه ، فإن لم يَجِدْ فإلى مَحَارِمِه من الرَّضَاعِ ، فإن لم يكُنْ فإلى جيرَانِه . وقال أصحابُ الشافِعِيِّ : يَجِبُ ذلك ؛ لأنَّه رَدَّه إلى اجْتِهَادِه فيما فيه الحَظُّ ، وهذا أحَظُّ . ولَنا ، أنَّه قد يَرَى غيرَ هذا أهَمَّ منه وأصْلَحَ ، فلا يجوزُ تَقْيِيدُه بالتَّحَكُّمِ . ونَقَلَ أبو دَاوُدَ ، عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن رَجُلٍ أوْصَى بثُلُثِه فى المَساكِينِ ، وله أقارِبُ مَحاوِيجُ لم يُوصِ لهم بشىءٍ ، ولم يَرِثُوا ، فإنَّه يَبْدَأُ بهم ، فإنَّهم أحَقُّ . قال : وسُئِلَ عن النَّصْرَانِيِّ يُوصِى بثُلُثِه لِلْفُقَراءِ من المُسْلِمِينَ ، أيُعْطَى إخْوَتُه وهم فُقَرَاء ؟ قال : نعم ، هم أحَقُّ ، يُعْطَوْنَ خَمْسُونَ دِرْهَما لا يُزَادُونَ على ذلك . يعنى لا يُزَادُ كلُّ واحِدٍ منهم على ذلك ؛ لأنَّه القَدْرُ الذى يَحْصُلُ به الغِنَى .

٩٨١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا وَصَّى أنْ يُحَجَّ عَنْهُ بخَمْسِمائَةٍ . فَمَا فَضَلَ رُدَّ فِي الْحَجِّ**)

وجملتُه أنَّه أوْصَى (١أن يُحَجَّ عنه١) بقَدْرٍ من المالِ ، وَجَبَ صَرْفُ جَمِيعِ ذلك فى الحَجِّ إذا حَمَلَهُ الثُّلُث ؛ لأنَّه وَصَّى بجَمِيعِه فى جِهَةِ قُرْبَةٍ ، فوَجَبَ صَرْفُه فيها ، كما لو وَصَّى به فى سَبِيلِ اللهِ ، وليس لِلْوَلِىِّ أن يَصْرِفَ إلى من يَحُجُّ أكْثَرَ من نَفَقَةِ المِثْلِ ؛ لأنَّه أطْلَقَ[٢] التَّصرُّفَ فى المُعاوَضةِ ، فاقْتَضَى ذلك عِوَضَ المِثْلِ ، كالتَّوْكِيلِ[٣] فى البَيْعِ . ثم لا يَخْلُو ؛ إمَّا أن يكونَ بِقَدْرِ نَفَقَةِ المِثْلِ لِحَجَّةٍ واحِدَةٍ ، فيُصْرَفُ فيها . أو ناقِصًا عنها ، فيُحَجُّ به من حيثُ يَبْلُغُ ، فى ظاهِرِ مَنْصُوصِ[٤] أحمدَ ، فإنَّه قال ، فى

(١ ـ ١) سقط من : ا .

(٢) فى ا زيادة : « له » .

(٣) فى م : « كالوكيل » .

(٤) فى الأصل ، ا : « نصوص » .

رِوَايةِ حَنْبَلٍ ، فى رَجُلٍ أَوْصَى أن يُحَجَّ عنه ، ولا تَبْلُغُ النَّفَقةُ ، فقال : يُحَجُّ عنه من حيثُ تَبْلُغُ النَّفَقةُ لِلرَّاكِبِ من أَهْلِ مَدِينَتِه . وهذا قولُ العَنْبَرِىِّ . وقال القاضى : يُعَان به فى الحَجِّ . وهو قولُ سَوَّارٍ القاضى ، حَكَاهُ عنه العَنْبَرِىُّ . وعن أحمدَ ، أنَّه مُخَيَّرٌ فى ذلك . قال ، فى رِوَايةِ أبى دَاوُدَ ، فى امْرَأةٍ / أَوْصَتْ بحَجٍّ لا يَجبُ عليها : أَرَى أن يُؤْخَذَ ثُلُثُ مالِها ، فيُعَانَ به فى الحَجِّ ، أو يُحَجَّ من حيثُ يَبْلُغ . الحال الثالث ، أن يَفْضُلَ عن الحَجَّةِ ، فيُدْفَعَ فى حَجَّةٍ ثانية ، ثم فى ثالِثَةٍ ، إلى أن يَنْفَدَ ، أو يَبْقَى مالا يَبْلُغُ حَجَّةً ، فيُحَجَّ به[5] من حيثُ يَبْلُغُ ، على ما ذَكَرنا من الخِلَافِ فيه . ولا يَسْتَنِيبُ فى الحَجِّ مع الإِمْكانِ إلَّا من بَلَدِ المَحْجُوجِ عنه ؛ لأنَّه نائِبٌ عن المَيِّتِ ، وقائِمٌ مَقَامَه ، فيَنُوبُ عنه مِن مَوْضِعٍ لو حَجَّ المَنُوبُ عنه لَحَجَّ منه . فإن كان المُوصَى به لا يَحْمِلُه الثُّلُثُ ، لم يَخْلُ من أن يكونَ الحَجُّ فَرْضًا أو تَطوُّعًا ، فإن كان فَرْضًا أُخِذَ أكثرُ الأَمْرَيْنِ من الثُّلُثِ أو القَدْرِ الكافِى لحَجِّ الفَرْضِ ، فإن كان الثُّلُثُ أكثَرَ ، أُخِذَ ، ثم يُصْرَفُ منه فى الفَرْضِ قَدْرُ ما يَكْفِيه ، ثم يُحَجُّ بالباقِى تَطَوُّعًا حتى يَنْفَدَ ، كما ذَكَرْنا من قبلُ ، وإن كان الثُّلُثُ أقَلَّ ، تُمِّمَ قَدْرُ ما يَكْفِى الحَجَّ من رَأْسِ المالِ . وبهذا قال عَطَاءٌ ، وطاوُسٌ ، والحَسَنُ ، وسَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، والزُّهْرِىُّ ، والشافِعِىُّ ، وإسحاقُ . قال سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحَسَنُ : كلُّ واجِبٍ من رَأْسِ المالِ . وقال ابنُ سِيرِينَ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، وحَمّادُ بن أبى سليمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ودَاوُدُ بن أبى هِنْد : إن وَصَّى بالحَجِّ ، فمِنْ ثُلُثِه ، وإلَّا فليس على وَرَثَتِه شىءٌ . فعلى قَوْلِهم ، إن لم يَفِ الثُّلُثُ بالمُوصَى به ، وإلَّا لم يَزِدْ على الثُّلُثِ ؛ لأنَّ الحَجَّ عِبادَةٌ فلا تَلْزَمُ الوارِثَ ، كالصَّلَاةِ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لَوْ كَانَ عَلَى أَبِيكَ دَيْنٌ ، أَكُنْتَ تقضِيهِ[6] ؟ » قال[7] : نعم . قال : « فَدَيْنُ اللهِ أَحَقُّ أن يُقْضَى »[8] . والدَّيْنُ من رَأْسِ المالِ ، فماهو أحَقُّ

٦١/٦ ظ

---

(٥) فى م : « عنه » .

(٦) فى ب : « تقضينه » .

(٧) فى ب : « قالت » .

(٨) أخرجه النسائى ، فى : باب تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين ، من كتاب المناسك . المجتبى ٥/٨٩ .

منه أَوْلَى ، ولأنَّه واجبٌ ، فكان من رَأْسِ المالِ ، كدَيْنِ الآدَمِيِّ . وإن كان تَطوُّعًا ، أُخِذَ الثُّلُثُ لا غيرُ ، إذا لم يُجزِ الوَرَثةُ ، ويُحَجُّ به ، علَى ما ذَكَرْنا فيما مَضَى .

فصل : وإذا أوْصَى بحَجٍّ واجبٍ ، أو غيرِه من الواجبَاتِ ، كقَضَاءِ دَيْنٍ ، وزَكَاةٍ ، وإخْراجِ كَفَّارَةٍ ، لم يَخْلُ من أرْبعةِ أحْوالٍ ؛ أحدها ، أن يوصِىَ بذلك من صُلْبِ مالِه ، فهذا تأْكِيدٌ لما وَجَبَ بالشَّرْعِ ، ويُحَجُّ عنه من بَلَدِه ، وإن لم يَفِ / ماله بذلك ، أُخِذَ ماله كلُّه يُدْفَعُ فى الواجبِ ، كما لو لم يُوصِ . الثانى ، أن يُوصِىَ بأداءِ الواجبِ مِن ثُلُثِ مالِه ، فيَصِحُّ أيضا ، فإن لم تكُنْ له وَصِيَّةٌ غيرَ هذه ، لم تُفِدْ شيئا ، ويُؤَدَّى من المالِ كلِّه ، كما لو لم يُوصِ . وإن كان قد أوْصَى بتَبَرُّعٍ لجِهَةٍ أخرى ، قُدِّمَ الواجبُ ، وإن فَضَلَ من الثُّلُثِ شىءٌ فهو لِلتَّبَرُّعِ ، وإن لم يَفْضُلْ شىءٌ سَقَطَتْ ، وإن لم يُفِ الثُّلُثُ بالواجبِ أُتِمَّ من رَأْسِ المالِ . هكذا ذَكَرَ القاضى . وقال أبو الخَطَّاب : يُزَاحِمُ بالواجب أصحابُ الوَصَايَا . فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ مثلَ ما ذَكَرَ القاضى ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ أنَّ الثُّلُثَ يُقْسَمُ بين الوَصَايَا كلِّها ، الواجبِ والتَّبَرُّعِ بالحِصَصِ ، فما حَصَلَ لِلْواجبِ أُتِمَّ من رَأْسِ المال ، فيَدْخُلُه الدَّوْرُ ، وتَعْمَلُ بالجَبْرِ ، فتقولُ فى رَجُلٍ أَوْصَى بحَجَّةٍ واجبَةٍ ، كِفَايَتُها عَشَرَةٌ من ثُلُثِه ، وَوَصَّى بصَدَقَةِ تَطوُّعٍ عَشَرَةً ، وماتَ فلم يَخْلُفْ إلَّا ثَلاثِينَ ، فاعْزِلْ تَتِمَّةَ الواجبِ من المالِ ، وهى شىءٌ مَجْهُولٌ ، وخُذْ ثُلُثَ الباقِى عَشَرَةً إلَّا ثُلُثَ شىءٍ ، واقْسِمْه بين الوَصِيَّيْنِ ، لكلِّ واحدٍ خَمْسَةٌ إلَّا سُدُسَ شىءٍ ، واضْممْ[9] الشىءَ الذى عَزَلْتَه إلى ما حَصَلَ لِلْحَجَّةِ ، فصارَ شَيْئًا وخَمْسةً إلَّا سُدُسَ شىءٍ ، يَعْدِلُ عَشرَةً ، وخُذْ من الشىءِ سُدُسَه ، فاجْبُرْ به بعضَ الخَمْسةِ ، يَبْقَى خَمْسَةُ أسْدَاسِ شىءٍ ، يَعْدِلُ خُمْسَه ، فالشىءُ إذًا سِتَّةٌ ، و متى أخَذْتَ سِتَّةً من ثَلاثِينَ ، بَقِىَ أَرْبَعةٌ وعِشْرُونَ ، ثُلُثُها ثَمانِيةٌ ، لِصَاحِبِ الصَّدَقةِ نِصْفُها أرْبَعةٌ ، ولِلْواجبِ أرْبعةٌ (10 إذا ضَمَمْتَ إليها 10) السِّتَّةَ ، صارَ الجَمِيعُ عَشَرَةً ، فإن كان عليه أيضا دَيْنٌ خَمْسَةٌ ، عَزَلْتَ تَتِمَّةَ الحجِّ شَيْئًا ، وتَتِمَّةَ الدَّيْنِ نِصْفَ شىءٍ ، بَقِىَ ثُلُثُ المالِ عَشَرَةٌ إلَّا نِصْفَ

---

(9) سقطت الواو من : م .

(10 - 10) فى م : « مع » .

شىءٍ ، واقْسِمْهُ بين الوَصَايَا ، فيَحْصُلُ لِلْحَجِّ أَرْبَعةٌ إِلَّا خُمْسَ شىءٍ ، اضْمُمْ إليها تَتِمَّتَه ، يَصِرْ شَيْئًا وأَرْبَعةً إِلَّا خُمْسَ شىءٍ ، يَعْدِلُ عَشَرَةً ، وبعدَ الجَبْرِ يَصِيرُ أَرْبعة أَخْماسِ شىءٍ ، تَعْدِلُ سِتَّةً ، فَرُدَّ على السِّتَّةِ رُبْعَها ، تَصِرْ سَبْعةً ونِصْفًا ، يَعْدِلُ شيئًا ، فالشىءُ سَبْعةٌ ونِصْفٌ ، ونِصْفُ الشىءِ ثَلاثَةٌ ونِصفٌ ورُبْعٌ ، وبَقِيَّةُ المالِ ثمانِيَةَ عَشَرَ وثَلاثةُ أَرْباعٍ ، ثُلُثُها سِتَّةٌ ورُبْعٌ ، لِلدَّيْنِ خُمْسُها واحدٌ ورُبْعٌ / ، إذا ضَمَمْتَ إليه تَتِمَّتَه ، كَمَلَ خَمْسَةً ، ولِلْحَجِّ اثْنانِ ونِصْفٌ ، تَكْمُلُ تَتِمَّتُه[11] ، ولِلصَّدَقةِ اثْنانِ ونِصْفٌ . وفى عَمَلِها طَرِيقٌ آخَرُ ، وهو أن يُقْسَمَ الثُّلُثُ بكَمالِه بين الوَصَايَا بالقِسْطِ ، ثم ما بَقِىَ من الواجِبِ تُخْذه[12] من الوَرَثَةِ وصاحِبِ التَّبَرُّعِ بالقِسْطِ ، ففى المَسْأَلةِ الأولى يَحْصُلُ لِلْوَاجِبِ خَمْسَةٌ ، يَبْقَى له خَمْسَةٌ ، يُؤْخَذُ من صاحِبِ التَّبَرُّعِ دِينَارًا ، ومن الوَرَثةِ أَرْبَعةً . وفى المَسْأَلةِ الثانيةِ ، حَصَلَ لِلْحَجِّ أَرْبَعةٌ ، وبَقِىَ له سِتّةٌ ، وحَصَلَ لِلدَّيْنِ دِيناراِنِ ، وبَقِىَ له ثَلاثَةٌ ، فيَأْخُذانِ ما بَقِىَ لهما من الوَرَثةِ ثَلاثةً[13] ، ومن صاحِبِ التَّبَرُّعِ ثَلاثَةً ، فيَأْخُذُ صاحِبُ الْحَجَّةِ من الوَرَثةِ أَرْبَعةً ، ومن صاحِبِ التَّبَرُّعِ دِينَارَيْنِ ، ويَأْخُذُ صاحِبُ الدَّيْنِ دِينارَيْنِ من الوَرَثةِ ، ودِينَارًا من صاحِبِ التَّبَرُّعِ .

الثالث ، أن يُوصِىَ بالواجِبِ ، ويُطْلِقَ ، فهو من رَأْسِ المالِ ، فيُبْدَأُ بإخْرَاجِه قبلَ التَّبَرُّعاتِ والمِيرَاثِ ، فإن كان ثَمَّ وَصِيَّةُ تَبَرُّعٍ ، فلِصَاحِبِها ثُلُثُ الباقِى . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَصْحابِ الشافِعِىِّ . وذَهَبَ بعضُهم إلى أنَّ الواجِبَ من الثُّلُثِ كالقِسْمِ الذى قبلَه ؛ لأنَّه إنَّما يَمْلِكُ الوَصِيَّةَ بالثُّلُثِ . ولَنا ، أنَّ الحَجَّ كان واجِبًا من رَأْسِ المالِ ، وليس فى وَصِيَّتِه ما يَقْتَضِى تَغْيِيرَه ، فيَبْقَى على ما كان عليه ، كما لو لم يُوصِ به . وقولهم : لا تُمْلَكُ الوَصِيَّةُ إلَّا بالثُّلُثِ . قُلْنا : فى التَّبَرُّعِ ، فأمَّا فى الواجِبَاتِ فلا تَنْحَصِرُ فى الثُّلُثِ ،

(11) فى م : « به تتمة » .

(12) فى م : « أخذه » .

(13) فى الأصل : « ثلثيه » .

ولا تَتَقَيَّدُ به . القسم الرابع ، أن يُوصِىَ بالواجِبِ ويَقْرِنَ بها[١٤] الوَصِيَّةَ بتَبَرُّعٍ[١٥] ، مثل أن يقول : حُجُّوا عَنِّى ، وأَدُّوا دَيْنِى ، وتَصَدَّقُوا عَنِّى . ففيه وَجْهانِ؛ أصحُّهما ، أنَّ الواجِبَ من رَأْسِ المالِ ؛ لأنَّ الاقْتِرانَ فى اللَّفْظِ لا يَدُلُّ على الاقْتِرَانِ فى الحُكْمِ ، ولا فى كَيْفِيَّتِه ، ولذلك قال اللهُ تعالى : ﴿ كُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ﴾[١٦] . والأَكْلُ غيرُ واجِبٍ ، والإِيتاءُ واجِبٌ ، ولأنَّه هٰهُنا قد عَطَفَ غيرَ الواجِبِ عليه ، فكما لم يَسْتَوِيَا فى الوُجُوبِ لا يَلْزَمُ اسْتِوَاؤُهُما فى مَحَلِّ الإِخْرَاجِ . والثانى ، أنَّه من الثُّلُثِ ؛ لأنَّه قَرَنَ به ما مَخْرَجُه من الثُّلُثِ .

٩٨٢ ـ / مسألة ؛ قال : (**وَإِنْ قَالَ : حَجَّةٌ بخَمْسِمِائَةٍ . فَمَا فَضَلَ فَهُوَ لِمَنْ يَحُجُّ**) ٦٣/٦ و

وجملتُه أنَّه إذا أَوْصَى أن يُحَجَّ عنه بِقَدْرٍ من المالِ حَجَّةٌ واحِدَةٌ ، وكان فيه فَضْلٌ عن قَدْرِ ما يُحَجُّ به ، فهو لمن يَحُجُّ ؛ لأنَّه قَصَدَ إِرْفَاقَه بذلك ، فكأنَّه صَرَّحَ ، بأن قال : حُجُّوا عَنِّى حَجَّةً واحِدَةً بخَمْسِمائةٍ ، وما فَضَلَ منها فهو لمن يَحُجُّ . ثم إن عَيَّنَ مَنْ يَحُجُّ عنه ، فقال : يَحُجُّ عَنِّى فُلانٌ بخَمْسَمائةٍ . صُرِفَ ذلك إليه . وإن لم يُعَيِّنْ أحَدًا ، فلِلْوَصِىِّ صَرْفُها إلى مَنْ شاءَ ؛ لأنَّه فَوَّضَ إليه الاجْتِهادَ ، إلَّا أنَّه لا يَمْلِكُ صَرْفَها إلى وارِثٍ ، إذا كان فيها فَضْلٌ إلَّا بإذْنِ الوَرَثةِ ، وإن لم يكُنْ فيها فَضْلٌ ، جازَ ؛ لأنَّها لا مُحاباةَ فيها ، ثم يُنْظَرُ ؛ فإن كان الحَجُّ المُوصَى[١] به تَطَوُّعًا ، فجَمِيعُ القَدْرِ المُوصَى به من الثُّلُثِ ، وإن كان واجِبًا ، فالزَّائِدُ عن نَفَقَةِ المِثْلِ يُعْتَبَرُ من الثُّلُثِ . وإن لم يَفِ

---

(١٤) سقط من : م .

(١٥) فى م : « بالتبرع » .

(١٦) سورة الأنعام ١٤١ .

(١) فى م : « للموصى » .

المُوصَى به بالحَجِّ الواجِبِ ، أُتِمَّ من رَأْسِ المال . وإن كان تَطَوُّعًا ، فإنَّه يُحَجُّ به من حيثُ يَبْلُغُ ، على ما مَضَى .

فصل : وإن عَيَّنَ رَجُلًا للحَجِّ[٢] ، فأَبَى أن يَحُجَّ ، بَطَلَ التَّعْيِينُ ، ويَحُجُّ عنه بأقَلّ ما يُمْكِنُ إنْسانٌ ثِقَةٌ سِوَاهُ ، ويُصْرَفُ الباقِي إلى الوَرَثَةِ . ولو قال المُعَيَّنُ : اصْرِفُوا الحجَّةَ إلى مَن يَحُجُّ ، وادْفَعُوا الفَضْلَ إلىَّ ، لأنَّه مُوصًى به لى . لم يُصْرَفْ إليه شيءٌ ؛ لأنَّه إنَّما أَوْصَى له بالزِّيَادةِ بشَرْطِ أن يَحُجَّ ، فإذا لم يَفْعَلْ ، لم يُوجَدِ الشَّرْطُ ، ولم يَسْتَحِقَّ شيئا .

٩٨٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : حُجُّوا عَنِّى حَجَّةً . فَمَا فَضَلَ رُدَّ إِلَى الْوَرَثَةِ)

أمَّا إذا أَوْصَى بحجَّةٍ ، ولم يَذْكُرْ قَدْرًا من المالِ ، فإنَّه لا يُدْفَعُ إلى مَن يَحُجُّ إلَّا قَدرُ نَفقةِ المِثلِ ؛ لما ذكَرْناه . وإن فضلَ فَضلٌ عن ذلك ، فهو للوَرثةِ . وهذا يَنبَنِى على أنَّ الحجَّ لا يجوزُ الاسْتِئجارُ عليه ، إنَّما يَنوبُ عنه فيه نائبٌ ، فما يُنْفَقُ عليه فيما يَحْتاجُ إليه ، فهو مِن مالِ المُوصِى ، وما بَقِىَ ردَّه على وَرثتِه . وإن تَلِفَ المالُ فى الطَّريقِ ، فهو من مالِ المُوصِى ، وليس على النَّائبِ إتمامُ المُضِىِّ إلى الحجِّ عنه . وعلى الروايةِ الأُخرَى ، يجوزُ الاستئجارُ عليه ، فلا يَستأْجِرُ إلَّا ثقةً بأقلِّ ما يُمْكِنُ ، وما فضَلَ فهو لمن يَحجُّ ؛ لأنَّه مَلَكَ ما / أُعطِىَ بعقْدِ[١] الإجارةِ . وإن تَلِفَ المالُ فى الطريقِ بعدَ قَبْضِ الأجيرِ له ، فهو مِن مالِه ، ويَلزمُه إتْمامُ[٢] الحَجِّ . وإن قال : حُجُّوا عنى . ولم يَقُلْ : حَجَّةً واحدةً . لم يُحَجَّ عنه إلَّا حَجةٌ واحدةٌ ؛ لأنَّه أقلُّ ما يقعُ عليه الاسمُ . فإن عيَّنَ مع هذا مَن يَحُجُّ عنه ، فقال : يَحُجُّ عنِّى فُلانٌ . فإنَّه يُدْفَعُ إليه قَدْرُ نَفقتِه من بَلدِه إذا خرجَ مِن الثُّلُثِ . فإن أَبَى الحجَّ إلَّا بزيادةٍ تُصرفُ إليه ، فيَنبغى أن يُصرَفَ إليه

٦٣/٦ ظ

---

(٢) فى م : « أن يحج » .

(١) فى ا : « بقدر » . وفى م : « بعد » .

(٢) فى م : « بإتمام » .

أقلِّ قَدرٍ[٣] يُمْكِنُ أن يَحجَّ به غَيرُه . وإن أبَى الحجَّ ، وكان واجِبًا ، استُنيبَ غيرُه بأقلِّ ما يُمْكِنُ استِنابتُه به[٤] . وإن كان تطوُّعًا ، احتمَلَ بُطلانَ الوَصيَّةِ ؛ لأنَّه عيَّنَ لها جهةً ، فإذا لم تَقْبَلْها بطلَتِ الوصيةُ[٥] ، كما لو قَالَ : بِيعُوا عبدِى لفلانٍ بمائةٍ . فأبَى شِراءَه . ويَحْتَمِلُ أن لا تَبْطُلَ ، ويُستنابَ غيرُه ؛ لأنَّه قصدَ القُربةَ والتعيينَ ، فإذا بطَلَ التَّعيينُ ، لم تَبْطُلِ القُربةُ ، كما لو قال : بِيعوا عبدِى لفلانٍ ، وتصدَّقوا بثَمنِه . فلم يَقْبَلْ فلانٌ ، فإنَّه يُباعُ لغَيرِه ، ويُتَصَدَّقُ به .

فصل[٦] : وإذا أوصَى لرَجلٍ[٧] أن يُخْرِجَ عنه حَجَّةً ، لم يكُنْ للوَصِىِّ الحجُّ[٨] بنَفسِه . نصَّ عليه أحمدُ . كما لو قالَ : تَصَدَّقْ علىَّ . لم يَجُزْ أن يتصدَّقَ عن[٩] نفسِه . وإن قالَ : حُجَّ عنِّى بما شِئتَ . صحَّ ، وله ما شاءَ ، إلَّا أن لا يُجيزَ الوَرثةُ ، فله الثُّلُثُ .

فصل : إذا أوصَى أن يَحُجَّ عنه زيدٌ بمائةٍ ، ولعمرٍو بتمامِ الثُلثِ ، ولسَعدٍ بثُلثِ مالِه . فأجازَ الورثةُ ، أُمْضِيَتْ على ما قالَ المُوصِى . وإن لم يَفضُلْ عن المائةِ شىءٌ ، فلا شىءَ لعمرٍو ؛ لأنَّه إنَّما أُوصَى له بالفَضْلِ ، ولا فضلَ . وإن ردَّ الورثةُ ، قُسِمَ الثلثُ بينهم نِصْفَيْن ؛ لسعدٍ السدسُ ، ولزيدٍ مائةٌ ، وما فضَلَ من الثلثِ فلعمرٍو ، فإن لم يَفْضُلْ شىءٌ ، فلا شىءَ لعمرٍو ؛ لأنَّه إنما أوْصَى له بالزيادةِ ، ولا زيادةَ . ولا تُمْنَعُ المُزاحَمةُ به ، ولا يُعْطَى شيئا ، كولدِ الأبِ مع الأخِ من الأبوين ، فى مُزَاحَمةِ الْجَدِّ . ويَحْتَمِلُ أنَّه متى كان فى الثلثِ فَضْلٌ عن المائةِ ، أن يُرَدَّ كلُّ واحدٍ منهم إلى نصفِ وَصيتِه ؛ لأنَّ زيدًا إنَّما استحقَّ المائةَ بالإجازةِ ، فمع الردِّ يجبُ أن يَدْخُلَ عليه من النَّقْصِ بقَدْرِ

---

(٣) فى ا زيادة : « ما » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل ، ا .

(٦) سقط هذا الفصل كله من الأصل . وبهامش النسخة أن هذا الفصل لم أجده فى نسخة الوقف . يعنى الأصل .

(٧) فى ا : « إلى رجل » .

(٨) فى ا : « أن يحج » .

(٩) فى ا : « على » .

وصِيَّتِه ، كسائرِ الوصايا . وقد ذكَرْنا نظيرَ هذه المسألةِ فيما تقدَّمَ . فإن امتنع زيدٌ من الحَجِّ ، وكانت الْحَجَّةُ واجبةً ، استُنيبَ ثِقَةٌ غيرُه فى الحجِّ بأقلِّ ما يُمْكِنُ ، وتمامُ المائةِ للورثةِ ، ولعمرٍو ما فَضَلَ . وإن كانت الْحَجَّةُ تطوُّعًا ، ففى بُطْلانِ الوَصِيَّةِ بها وَجْهان ، ذكَرْناهما فيما مضَى .

٦/٦٤ و **فصل** : وإن أوصَى لزيدٍ بَعبدٍ بعينِه ، ولعمرٍو ببقيَّةِ الثلثِ ، قُوِّمَ العبدُ / يومَ موتِ المُوصِى ؛ لأنَّه حالُ نفوذِ الوصيةِ ، ودُفِعَ إلى زيدٍ ، ودُفِعَ بَقِيَّةُ الثُّلُثِ إلى عمرٍو . فإن لم يَبْقَ من الثُّلُثِ شىءٌ ، بطَلَتْ وَصِيَّةُ عمرٍو . وإن ماتَ العبدُ بعدَ موتِ المُوصِى ، أو رَدَّ زيدٌ وَصِيَّتَه ، بطلَتْ ولم تَبطُلْ وَصِيَّةُ عمرٍو . وهكذا إن ماتَ زيْدٌ قبلَ موتِ المُوصِى أو بعدَه . وإن ماتَ العبدُ قبلَ موتِ المُوصِى ، قوَّمنا التَّرِكةَ حالَ مَوْتِ المُوصِى بدونِ العَبدِ ، ثم يُقوَّمُ العبدُ لو كان حيًّا ، فإن بَقِىَ من الثُّلُثِ بعدَ قِيمتِه شىءٌ ، فهو لعمرٍو ، وإلَّا بطلَتْ وَصِيَّتُه . ولو قال لأحدِ عَبْدَيْه : أنتَ مُدَبَّرٌ . ثم قالَ لآخَرَ : أنت مُدَبَّرٌ فى زيادةِ الثُّلُثِ عن قيمةِ الأوَّلِ . ثم بطَلَ تدبيرُ الأوَّلِ لرُجوعِه فيه ، أو خُروجِه مُسْتَحَقًّا ، أو غيرِ ذلك ، فهى كالتى قبلَها ، على ما ذكَرْنا .

٩٨٤ ــ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ ، فَقُتِلَ عَمْدًا أَوْ خَطَأً ، وَأُخِذَتِ الدِّيَةُ ، فَلِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ الدِّيَةِ ، فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، وَالْأُخْرَى لَيْسَ لِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ مِنَ الدِّيَةِ شَىْءٌ**)

اخْتلَفتِ الروايةُ عن أحمدَ ، فى مَن أوْصَى بثُلثِ مالِه ، أو جُزْءٍ منه مُشاعٍ ، فقُتِلَ المُوصِى ، وأُخذتْ دِيتُه ، هل للوَصِىِّ منها شىءٌ أو لا ؟ فنقلَ مُهَنَّا عن أحمدَ ، أنَّه يسْتَحِقُّ منها . ورُوِى ذلك عن علىٍّ ، رضى اللهُ عنه ، فى دِيَةِ الخَطإِ . وهو قولُ الحسنِ ، ومالِكٍ . ونَقلَ ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، لا يُدْخِلُ الدِّيَةَ فى وصيَّتِه . ورُوِى ذلك عن مَكْحُولٍ ، وشَرِيكٍ ، وأبى ثورٍ ، وداودَ . وهو قولُ إسحاقَ . وقالَ مالكٌ : فى دِيةِ العَمْدِ ؛ لأنَّ الدِّيَةَ إنَّما تجبُ للورثةِ بعدَ مَوْتِ المُوصِى ، بدَليلِ أنَّ سببَها الموتُ ، فلا يجوزُ وُجوبُها قبلَه ؛ لأنَّ الحُكمَ لا يتقدَّمُ سببُه ، ولا يجوزُ أن تجبَ للميِّتِ بعدَ مَوْتِه ؛

لأنَّه بالموتِ تزولُ أملاكُه الثابتةُ له ، فكيف يتجدَّدُ له مِلكٌ ؟ فلا يَدخلُ فى الوصيةِ ؛ لأنَّ الميتَ إنَّما يُوصِى بجُزْءٍ مِن مالِه ، لا بمالِ وَرثتِه . ووجهُ الروايةِ الأولى ، أنَّ الدِّيَةَ تجبُ للميتِ ؛ لأنَّها بدلُ نفسِه ، ونفسُه / له ، فكذلك بَدَلُها ، ولأنَّ بَدَلَ أطْرافِه فى حالِ حياتِه له ، فكذلك بَدَلُها بعدَ موتِه ، ولهذا تُقْضِى منها دُيونُه ، ويُجهَّزُ منها إن كان قبلَ تجهيزِه ، وإنما يزولُ من أمْلاكِه ما استَغْنَى عنه ، فأمَّا ما تعلَّقتْ به حاجتُه فلا . ولأنَّه يجوزُ أن يتجدَّدَ له مِلْكٌ بعدَ الموتِ ، كمَن نصَبَ شَبَكةً فسقطَ فيها صيدٌ بعدَ موتِه ، فإنه يُمْلَكُ بحيثُ تُقضَى ديونُه منه ، ويُجَهَّزُ ، فكذلك دِيَتُه ؛ لأنَّ تنفيذَ وَصِيَّتِه مِن حاجتِه ، فأشْبَهتْ قضاءَ دينِه .

٦٤/٦ ظ

فصل : وإن كانتِ الوَصِيَّةُ بمُعَيَّنٍ ، فعلى الرِّوايةِ الأولى[1] ، يُعْتَبَرُ خروجُه من [2]ثُلُثِ مالِه ودِيَتِه[2] ، وعلى الأُخرَى ، يُعتبَرُ خُروجُه من أصلِ مالِه دونَ دِيتِه ؛ لأنَّها[3] ليستْ من مالِه .

فصل : وإن أوصَى ، ثم استفادَ مالًا قبلَ الموتِ ، فأكثرُ أهلِ العلمِ يقولون : إنَّ الوَصِيَّةَ تُعتبرُ من جميعِ ما يُخلِفُه من التِّلادِ والْمُسْتَفادِ ، ويعتبرُ ثلثُ الجميعِ . هذا قولُ النَّخَعِىِّ ، والأوزاعىِّ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى ثورٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وسواءٌ عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ . وحُكِىَ عن أبانَ بنِ عثمانَ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، ورَبِيعةَ ، ومالكٍ ، لا يَدخلُ فى وصيَّتِه إلَّا ما عَلِمَ ، إلَّا المُدَبَّرَ فإنَّه يَدْخُلُ فى كلِّ شىءٍ . ولَنا ، أنَّه من مالِه ، فدخلَ فى وصيَّتِه ، كالمعلومِ .

---

(١) فى ا : « الأخرى » .

(٢ - ٢) فى ا : « أصل ماله دون ديته » .

(٣) فى ا ، م زيادة : « له » .

٩٨٥ - مسألة ؛ قال : **(وَإِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ ، ثُمَّ أَوْصَى بَعْدَهُ إِلَى آخَرَ ، فَهُمَا وَصِيَّانِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ : قَدْ أَخْرَجْتُ الْأَوَّلَ)**

معنى أَوْصَى إلى رجلٍ . أى جعلَ له التَّصرُّفَ بعدَ موتِه ، فيما كان له التَّصرُّفُ فيه ، من قَضاءِ دُيونِه ، واقتضائها ، ورَدِّ الوَدائِع ، واسْتِرْدَادِها ، وتَفْرِيقِ وَصِيَّتِه ، والولايةِ على أولادِه الذين له الولايةُ عليهم من الصِّبيانِ والْمَجانين ومَن لم يُؤْنَسْ رُشْدُه ، والنَّظرِ لهم فى أمْوالِهم بحِفْظِها ، والتَّصرُّفِ فيها بما لهم الْحَظُّ فيه . فأمَّا مَن لا ولايةَ له عليهم ، كالعُقَلاءِ الرَّاشدِين ، وغيرِ أولادِه من الإِخْوةِ والأعمامِ وسائِر مَن عدا الأولادِ ، فلا تَصحُّ الوَصِيَّةُ / عليهم ؛ لأنَّه لا ولايةَ للمُوصِى عليهم فى الحياةِ ، فلا يَكونُ ذلك لنائبِه بعدَ المماتِ . ولا نعلمُ فى هذا كلِّه خلافًا . وبه يقولُ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، إلَّا أنَّ أبا حنيفةَ والشافعىَّ قالا : للجَدِّ ولايةٌ على ابن ابنِه وإن سَفَلَ ؛ لأنَّ له وِلَادةً وتَعْصِيبًا ، فأشْبَهَ الأَبَ . ولأصحابِ الشافعىِّ فى الأُمِّ عندَ عَدَمِ الأبِ والجَدِّ وَجْهان ؛ أحدُهما ، أنَّ لها ولايةً ؛ لأنَّها أحدُ الأَبَوَيْن ، فأشْبَهَتِ الأبَ . ولَنا ، أنَّ الجَدَّ يُدْلِى بوَاسِطةٍ ، فأشبهَ الأَخَ والعَمَّ ، وفارقَ الأبَ ، فإنَّه يُدْلِى بنفسِه ، ويَحْجُبُ الجَدَّ ، ويُخالفُه فى مِيرَاثِه وحَجْبِه ، فلا يصحُّ إلحاقُه به ، ولا قِياسُه عليه . وأمَّا المرأةُ فلا تَلِى ؛ لأنَّها قاصِرةٌ لا تَلِى النِّكاحَ بحالٍ ، فلا تَلِى مالَ غيرِها ، كالعَبدِ ، ولأنَّها لا تَلِى بولايةِ القَضاءِ ، فكذلك بالنَّسَبِ[1] . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّه إذا أَوْصَى إلى رجلٍ ، ثم أَوْصَى إلى آخرَ ، فهما وَصِيَّانِ ، إلَّا أن يقولَ : قد أخرجتُ الأوَّلَ ، أو قد عزلتُه ؛ لما ذكرْنا فيما إذا أَوْصَى بجاريةٍ لِبشرٍ ، ثم أَوْصَى بها لبَكْرٍ . ولأنَّه قد وُجِدَتِ الوصيةُ إليهما من غيرِ عَزْلِ واحدٍ منهما ، فكانا وَصِيَّيْنِ ، كما لو أَوْصَى إليهما دَفعةً واحدةً . فأمَّا إن أخرجَ الأوَّلَ انْعزَلَ ، وكان الثانى هو الوَصِىَّ ، كما لو عَزَلَه بعدَ الوَصِيَّةِ إلى الثانى .

٦٥/٦ و

---

(١) فى ا : « النسب » .

فصل : ويجوزُ أن يُوصِيَ إلى رجلٍ بشيءٍ دُونَ شيءٍ ، مثلُ أن يُوصِيَ إلى إنسانٍ بتَفْرِيقِ وَصِيَّتِه دونَ غيرِها ، أو بقضاءِ دُيونِه ، أو بالنَّظَرِ فى أمرِ أطفالِه حسبُ ، فلا يكونُ له غيرُ ما جعلَ إليه . ويجوزُ أن يُوصِيَ إلى إنسانٍ بتَفْرِيقِ وَصِيَّتِه ، وإلى آخَرَ بقَضاءِ دُيونِه ، وإلى آخَرَ بالنَّظرِ فى أمرِ أطْفالِه ، فيكونُ لكلِّ واحدٍ[2] منهم ما جَعلَ إليه دونَ غيرِه . ومتى أوْصَى إليه بشيءٍ ، لم يصِرْ وَصِيًّا فى غيرِه . وبهذا قالَ الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَصِيرُ وَصِيًّا فى كلِّ ما يَمْلِكُه الوَصِىُّ ؛ لأنَّ هذه ولايةٌ تَنْتَقِلُ من الأبِ بمَوْتِه ، فلا تتبعَّضُ ، كولايةِ الجَدِّ . ولنا ، أنَّه استفادَ التَّصرُّفَ بالإِذْنِ من جهةِ الآدمىِّ ، / فكانَ مَقصورًا على ما أُذِنَ فيه ، كالوكيلِ ، وولايةُ الجدِّ ممنوعةٌ . ثم تلك ولايةٌ اسْتفادَها بقَرابتِه ، وهى لا تتبعَّضُ ، والإِذنُ يتبعَّضُ ، فافْتَرقا .

٦/٦٥ ظ

فصل : ويجوزُ أن يُوصِيَ إلى رجلين معًا فى شيءٍ واحدٍ ، ويَجْعَلَ لكلِّ واحدٍ منهما التَّصرفَ مُنْفَرِدًا ، فيقولَ : أوْصَيْتُ إلى كلِّ واحدٍ منكما[3] أن يَنفرِدَ بالتَّصرُّفِ . لأنَّه جعلَ كلَّ واحدٍ منهما[4] وَصِيًّا مُنْفَرِدًا ، وهذا يَقتضى تَصرُّفَه على الانْفِرادِ . وله أن يُوصِيَ إليهما ليتصرَّفا[5] مُجْتَمِعَيْن ، وليس لواحدٍ منهما الانْفِرادُ بالتَّصرُّفِ ؛ لأنَّه لم يَجعلْ ذلك إليه ، ولم يَرْضَ بنَظَرِه وحدَه . وهاتان الصُّورَتانِ لا أعلمُ فيهما خِلافًا . وإن أطلقَ ، فقال : أوْصَيْتُ إليكما فى كذا . فليس لأحَدِهما الانفرادُ بالتَّصرُّفِ . وبه قالَ مالكٌ ، والشَّافعىُّ . وقال أبو يوسفَ : له ذلك ؛ لأنَّ الوصيَّةَ والولايةَ لا تتبعَّضُ ، فملَكَ كلُّ واحدٍ منهما الانْفِرادَ بها كالأَخَوَيْنِ[6] فى تَزْوِيجِ أُخْتِهما . وقال أبو حنيفةَ ، ومحمدٌ : يُسْتَحْسَنُ على خِلَافِ القياسِ ، فيُبِيحُ أن يَنْفرِدَ كلُّ واحدٍ منهما بسبعةِ أشياءَ : كَفَنِ الميِّتِ ، وقَضاءِ دَينِه ، وإنْفاذِ وَصِيَّتِه ، ورَدِّ الوَديعةِ بعَيْنِها ، وشراءِ

---

(٢) سقط من : م .

(٣) فى ا : « منهما » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : ا .

(٦) فى م : « كالآخرين » .

ما لابُدَّ للصَّغيرِ منه من الكُسْوةِ والطَّعامِ ، وقَبُولِ الْهِبةِ له ، والخُصومةِ عن المَيِّتِ فيما يُدَّعَى له أو عليه ؛ لأنَّ هذه يشقُّ الاجتماعُ عليها ويَضُرُّ تأْخيرُها ، فجازَ الانْفِرادُ بها .
ولَنا ، أنَّه شَرَّكَ بينهما فى النَّظرِ ، فلم يكُنْ لأحَدِهما الانْفِرادُ ، كالوَكِيلين . وما قالَه أبو يوسفَ نَقولُ به ، فإنَّه جَعلَ الوِلايةَ إليهما باجْتماعِهما ، فليست مُتَبعِّضةً ، كما لو وكَّلَ وَكِيلَيْن ، أو صَرَّحَ للوَصِيَّيْنِ بأن لا يتصرَّفا إلَّا مُجْتَمِعَيْن . ثم يَبْطُلُ ما قالَه بهاتين الصُّورتَيْنِ ، ويبطُلُ ما قالَه أبو حنيفةَ بهما أيضا . وإذا تعذَّرَ اجْتماعُهما ، أقامَ الحاكمُ أمينًا مُقامَ الغائبِ .

فصل : فى مَن تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، ومَن لا[7] تَصِحُّ ، تَصحُّ الوَصِيَّةُ إلى الرجلِ العاقلِ المسلمِ الحُرِّ العَدْلِ إجْماعًا . ولا تَصحُّ إلى مَجنونٍ ، ولا طِفْلٍ ، ولا / وَصيَّةُ مسلمٍ إلى كافرٍ . بغيرِ خلافٍ نَعلمُه ؛ لأنَّ المجنونَ والطِّفلَ ليسا من أهلِ التَّصرُّفِ فى أموالِهما ، فلا يَلِيَانِ على غيرِهما ، والكافرَ ليس من أهلِ الوِلايةِ على مُسْلمٍ . وتَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى المرأةِ فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . ورُوِى ذلك عن شُرَيْحٍ . وبه قالَ مالكٌ ، والثَّورىُّ ، والأوْزاعىُّ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وإسحاقُ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ولم يُجِزْهُ عَطاءٌ ؛ لأنَّها لا تكونُ قاضِيَةً ، فلا تكونُ وصيَّةً ، كالمجنونِ . ولَنا ، ما رُوِى أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أوْصَى إلى حَفْصةَ[8] . ولأنَّها مِن أهلِ الشَّهادةِ ، فأشْبهتِ الرَّجُلَ ، وتُخالِفُ القَضاءَ ، فإنَّه يُعتبرُ له الكمالُ فى الخِلْقةِ والاجتهادِ ، بخِلافِ الوَصِيَّةِ . وتصحُّ الوَصِيَّةُ إلى الأعْمَى . وقال أصحابُ الشافعىِّ فيه وَجْهٌ[9] أنَّه لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، بِناءً منهم على أنَّه لا يَصحُّ بَيْعُه ولا شِرَاؤُه ، فلا يُوجدُ فيه مَعْنى الوِلَايةِ . وهذا لا يُسَلَّمُ لهم ، مع أنَّه يُمْكِنُه التَّوكيلُ فى ذلك ، وهو من أهلِ الشَّهادةِ والولايةِ فى النكاحِ ، والولايةِ على أولادِه الصِّغارِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ

٦٦/٦ و

---

(7) فى م : « لم » .
(8) تقدم فى صفحة ٢٠٧ .
(9) فى م : « وجد » .

إليه كالبَصيرِ . وأمَّا الصَّبىُّ العاقلُ ، فلا أعلمُ فيه نصًّا عن أحمدَ ، فيَحْتَمِلُ أنَّه لا تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّه ليس من أهلِ الشَّهادةِ والإقْرارِ ، ولا يَصِحُّ تصرُّفه إلَّا بإذْنٍ ، فلم يكُنْ من أهلِ الولايةِ بطَرِيقِ الأَوْلَى . ولأنَّه مُوَلًّى عليه ، فلا يكونُ واليًا ، كالطفلِ والمجنونِ . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ . وهو الصحيحُ إن شاءَ اللهُ . وقال القاضى : قياسُ المذهبِ صحَّةُ الوَصِيَّةِ إليه ؛ لأنَّ أحمدَ قد نصَّ على صحَّةِ وَكالتِه . وعلى هذا يُعْتَبرُ أن يكونَ قد جاوَزَ العَشْرَ . وأمَّا الكافِرُ ، فلا تَصِحُّ وَصِيَّةُ مُسلمٍ إليهِ ؛ لأنَّه لا يَلِى على مُسْلِمٍ ، ولأنَّه ليس من أهلِ الشَّهادةِ ولا العَدالةِ ، فلم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليه ، كالمجنونِ والفاسِقِ . وأمَّا وَصِيَّةُ الكافرِ /إليه ، فإن لم يَكُنْ عَدْلًا فى دينِه ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّ عَدَمَ العَدالةِ فى المُسْلِمِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الوَصِيَّةِ إليه ، فمع الكُفْرِ أَوْلَى . وإن كان عَدْلًا فى دِينِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه يلِى بالنَّسبِ ، فيَلِى الوَصِيَّةَ ، كالمُسْلِمِ . والثانى ، لا تَصِحُّ . وهو قولُ أبى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه فاسقٌ ، فلم تصحَّ الوَصيَّةُ إليه ، كفَاسقِ المسلمين . ولأصْحابِ الشَّافعىِّ وَجْهان كهٰذَيْن. وأمَّا وَصِيَّةُ الكافرِ إلى المُسْلِمِ ، فتصحُّ (10)إذا لم تَكُنْ(10) تركتُه خمرًا ولا(11) خِنْزِيرًا . وأمَّا العبدُ ، فقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامِد : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، سواءٌ كانَ عبدَ نفسِه أو عبدَ غيرِه . وبه قالَ مالكٌ . وقال النَّخعىُّ ، والأَوْزاعىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إلى عبدِ نفسِه ولا تَصِحُّ إلى عبدِ غيرِه . وقالَ أبو حنيفةَ : تَصِحُّ إلى عبدِ نفسِه إذا لم يكُنْ فى وَرَثَتِه رَشِيدٌ وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ ، والشَّافعىُّ : لا تصِحُّ الوصيةُ إلى عبدٍ بحالٍ ؛ لأنَّه لا يكونُ وَليًّا على ابنِه بالنَّسَبِ ، فلا يجوزُ أن يَلِىَ الوَصِيَّةَ ، كالمجنونِ . ولَنا ، أنَّه يَصِحُّ اسْتِنَابتُه فى الحياةِ ، فصَحَّ أن يوصَى إليه ، كالحُرِّ . وقياسُهم يَبْطُلُ بالمرأةِ . والخلافُ فى المكاتبِ والمُدَبَّرِ والمُعْتَقِ بعضُه كالخِلافِ فى العبدِ القِنِّ . وقد نَصَّ الْخِرَقِىُّ على أنَّ الوصيةَ إلى أمِّ ولدِه جائزةٌ . نصَّ(12) عليه أحمدُ أيضًا ؛ لأنَّها تكونُ

٦/٦٦ ظ

(10 - 10) فى م : « إلا أن تكون » .

(11) فى م : « أو » .

(12) فى م : « وقد نص » .

حُرَّةً عندَ نُفُوذِ الوَصِيَّةِ من أصْلِ المالِ . وأمَّا الفاسِقُ ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّ الوصيةَ إليه لا تَصِحُّ . وهو قولُ مالكٍ ، والشَّافعىِّ . وعن أحمدَ ما يدُلُّ على صحَّةِ الوَصِيَّةِ إليه ، فإنَّه قالَ ، فى روايةِ ابنِ منصورٍ : إذا كانَ مُتَّهمًا ، لم تَخْرُجْ من يَدِه . وقال الخرقىُّ : إذا كان الوصىُّ خائنًا ضُمَّ إليه أمينٌ . وهذا يدلُّ على صِحَّةِ الوَصِيَّةِ إليه ، ويَضُمُّ الحاكمُ إليه أمِينًا . وقال أبو حنيفةَ : تَصِحُّ الوَصِيَّةُ إليه ، ويَنْفُذُ تصرُّفُه ، وعلى الحاكمِ عَزْلُه ؛ لأنَّه بالغٌ عاقلٌ ، فصحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه ، كالعَدْلِ ، /ووَجْهُ الأُولَى أنَّه لا يَجوزُ إفْرادُه بالوَصِيَّةِ ، فلم تَجُزِ الوَصِيَّةُ إليه ، كالمجنونِ . وعلى أبى حنيفةَ ، لا يجوزُ إقْرارُه على الوَصِيَّةِ ، فأشْبهَ ما ذكَرْنا .

٦٧/٦ و

فصل : ويُعْتَبَرُ وجودُ هذه الشُّروطِ فى الوَصِىِّ حالَ العَقْدِ والموتِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وفى الآخَرِ يُعْتَبَرُ حالَ الموتِ حَسْبُ ، كالوَصِيَّةِ له . وهو قولُ بعضِ أصْحابِ الشافعىِّ . ولَنا ، أنَّها شُروطٌ لعقدٍ ، فتُعْتَبَرُ حالَ وُجودِه ، كسائِرِ العُقودِ . فأمَّا الوَصِيةُ له ، فهى صحيحةٌ وإن كان وارثًا ، وإنَّما يُعْتَبَرُ عَدَمُ الإرْثِ ، وخروجُها من الثُّلُثِ للنُّفوذِ واللُّزومِ ، فاعْتُبِرتْ حالةَ اللُّزومِ ، بخلافِ مَسْألتِنا ، فإنَّها شُروطٌ لِصحَّةِ العَقْدِ ، فاعْتُبِرَتْ حالةَ العَقْدِ ، ولا يَنْفَعُ وجودُها بعدَه . وعلى الوَجْهِ الثانى ، لو كانتِ الشُّروطُ كلُّها مُنْتَفِيَةً ، أو بعضُها حالَ العقدِ ، ثم وُجِدَتْ حالةَ الموتِ . لَصَحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه .

فصل : وإذا قالَ : أوْصَيْتُ إلى زيدٍ ، فإن ماتَ فقد أوْصَيْتُ إلى عمرٍو . صحَّ ذلك ، روايةً واحدةً ، ويكونُ كلُّ واحدٍ منهما وَصِيًّا ، إلَّا أن عَمْرًا وَصىٌّ بعدَ زيدٍ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال فى جيشِ مُؤْتَة : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فإنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللهِ بْنُ رَوَاحَةَ »[١٣] . والوَصِيَّةُ فى معنى التَّأْمِيرِ . وإن قالَ :

---

(١٣) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة مؤتة من أرض الشام ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٥/١٨١ ، ١٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢٠٤ ، ٢٥٦ ، ٥/٢٩٩ .

أَوْصَيْتُ إليك ، فإذا كَبِرَ ابنى كان وَصِيِّى . صحَّ ؛ لذلك[14] ، فإذا كبرَ ابنُه صارَ وَصِيَّه . وعلى هذا لو قالَ : وَصَّيْتُ لك[15] ، فإن تابَ ابنى عن فِسْقِه ، أو قَدِمَ من غَيْبَتِه ، أو صَحَّ مِن مَرَضِه ، أو اشْتَغلَ بالعِلْمِ ، أو صالَحَ أُمَّه ، أو رَشَدَ ، فهو وَصِيِّى . صحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه ، ويَصِيرُ وَصِيًّا عندَ وُجودِ هذه الشُّروطِ .

٩٨٦ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا كَانَ الوَصِىُّ خَائِنًا ، جُعِلَ مَعَهُ أَمِينٌ**)

ظاهرُ هذا صحةُ الوَصِيَّةِ إلى الفاسقِ ، ويُضَمُّ إليه أمينٌ . وكذلك إن كان عَدْلًا فتغيَّرت حالُه إلى الْخِيانةِ لم يَخْرُجْ منها ، ويُضَمُّ إليه أمِينٌ . ونقلَ ابنُ منصورٍ عن أحمدَ نحوَ ذلك . قال : إذا كانَ الوَصِىُّ متهمًا ، لم يَخْرُجْ / من يَدِه . ونقلَ المَرُّوذِىُّ ، عن أحمدَ ، فى مَن أَوْصَى لرَجُلَيْن ، ليس أحدُهما بمَوضِعٍ للوَصيَّة[1] ، فقال للآخَرِ[2] : أعْطِنى . لا يُعْطِيه شيئًا ، ليس هذا بمَوْضِعٍ للوَصِيَّةِ . فقيلَ له : أليس المريضُ قد رَضىَ به ؟ فقالَ : وإن رَضِىَ به . فظاهرُ هذا إبطالُ الوَصِيَّةِ إليه . وحمَلَ القاضى كلامَ الخِرَقِىِّ وكلامَ أحمدَ فى إبْقائِه فى الوَصِيَّةِ ، على أنَّ خِيَانتَه طَرَأَتْ بعدَ الموتِ ، فأمَّا إن كانتْ خِيانتُه مَوْجودةً حالَ الوَصِيَّةِ إليه ، لم تَصِحَّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ تَوْلِيَةُ الخائِنِ على يَتِيمٍ فى حياتِه ، فكذلك بعدَ مَوْتِه ، ولأنَّ الوَصيَّةَ ولايةٌ وأمانةٌ ، والفاسِقُ ليس من أهلِهما . فعلى هذا ، إذا كانَ الوَصِىُّ فاسِقًا ، فحُكْمُه حُكْمُ مَن لا وَصِىَّ له ، ويَنْظُرُ فى مالِه الحاكمُ . وإن طرأَ فِسْقُه بعدَ الوَصِيَّةِ ، زالتْ وِلايتُه ، وأقامَ الحاكمُ مُقامَه أمِينًا . هذا اختيارُ القاضى . وهو قولُ الثورىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ . وعلى قولِ الْخِرَقِىِّ :

٦٧/٦ ظ

---

(١٤) فى ا : « ذلك » .

(١٥) فى ا : « إليك » .

(١) فى الأصل ، ا : « الوصية » .

(٢) فى ا : « الآخر » .

لا تزولُ ولايتُه ، ويُضمُّ إليه أمينٌ يَنْظُرُ معه . ورُوِيَ ذلك عن الحسنِ ، وابنِ سيرينَ ؛ لأنَّه أمْكَنَ حِفْظُ المالِ بالأمينِ ، وتحْصيلُ نَظَرِ الوَصِيِّ بإبْقائِه فى الوَصِيَّةِ ، فيكونُ جمعًا بين الْحَقَّيْنِ . وإن لم يُمْكِنْ حِفْظُ المالِ بالأمِينِ ، تَعيَّنَ إزالةُ يَدِ الفاسقِ الخائنِ وقطعُ تَصرُّفِه ؛ لأنَّ حِفْظَ المالِ على اليتيمِ أوْلَى من رِعَايةِ قولِ المُوصِى الفاسدِ . وأمَّا التَّفريقُ بين الفِسْقِ الطَّارِئِ وبينَ المُقارِنِ ، فبعيدٌ ؛ فإنَّ الشُّروطَ تُعْتَبَرُ فى الدَّوامِ ، كاعْتبارِها فى الابتداءِ ، سِيَّما إذا كانت لمعنًى يَحتاجُ إليه فى الدَّوامِ ، ولو لم يكُنْ بدٌّ من التفريقِ ، لَكانَ اعتبارُ العَدالةِ فى الدَّوامِ أوْلَى ، مِن قِبلِ أنَّ الفِسْقَ إذا كانَ مَوْجُودًا حالَ الوَصِيَّةِ ، فقد رَضِيَ به المُوصِى ، مع عِلْمِه بحالِه ، وأوْصَى إليه راضِيًا بتَصرُّفِه مع فِسْقِه ، فيُشْعِرُ ذلك بأنَّه عَلِمَ أنَّ عندَه من الشَّفَقةِ على اليتيمِ ما يَمْنعُه من التَّفريطِ فيه وخِيانتِه فى مالِه ، بخلافِ ما إذا طَرَأَ الفِسْقُ ، فإنَّه لم يَرْضَ / به على تلك الحالِ ، والاعتبارُ برِضَاهُ ، ألا تَرَى أنَّه لو أوْصَى إلى واحدٍ ، جازَ له التَّصرُّفُ وَحْدَه ، ولو وَصَّى إلى اثنينِ ، لم يَجُزْ للواحدِ التَّصرُّفُ .

٦٨/٦ و

فصل : وأمَّا العَدْلُ الذى يَعجِزُ عن النَّظرِ ، لِعلَّةٍ أو ضَعْفٍ ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تَصحُّ إليه ، ويَضُمُّ إليه الحاكمُ أمِينًا ، ولا يُزِيلُ يَدَهُ عن المالِ ، ولا نظرَه ؛ لأنَّ الضَّعيفَ أهلٌ للولايةِ والأمانةِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه . وهكذا إن كانَ قَوِيًّا ، فحدَثَ فيه ضعفٌ أو عِلَّةٌ ، ضَمَّ الحاكمُ إليه يَدًا أُخْرَى ، ويكونُ الأوَّلُ هو الوَصِيَّ دونَ الثانى ، وهذا معاونٌ ؛ لأنَّ وِلايةَ الحاكِمِ إنَّما تكونُ عندَ عَدَمِ الوَصِيِّ . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وأبى يوسف . ولا[3] أعلمُ لهما مُخالِفًا .

فصل : وإذا تَغيَّرتْ حالُ الوَصِيِّ بجُنونٍ ، أو كُفرٍ ، أو سَفَهٍ ، زالتْ ولايتُه ، وصارَ كأنَّه لم يُوصَ إليه ، ويرجعُ الأمرُ إلى الحاكمِ ، فيُقِيمُ أمِينًا ناظرًا للمَيِّتِ فى أمرِه وأمرِ أولادِه من بَعْدِه ، كما لو لم يُخْلِفْ وَصِيًّا . وإن تَغيَّرتْ حالُه بعدَ الوَصِيَّةِ وقبلَ

---

(٣) فى الأصل : « ولم » .

الموتِ ، ثم عادَ فكانَ عندَ الموتِ جامعًا لشُروطِ الوَصِيَّةِ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ إليه ؛ لأنَّ الشروطَ موجودةٌ حالَ العَقْدِ والموتِ ، فصَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، كما لو لم تتغيَّرْ حالُه . ويَحْتَمِلُ أن تَبْطُلَ ؛ لأنَّ كلَّ حالةٍ منها حالةٌ للقَبولِ والرَّدِّ ، فاعتُبِرتِ الشُّروطُ فيها . فأمَّا إن زالَتْ بعدَ الموتِ ، فانْعَزَلَ ، ثم عادَ ، فكَمَّلَ الشُّروطَ ، لم تَعُدْ وَصِيَّتُه ؛ لأنَّها زالَتْ ، فلا تَعودُ إلَّا بعَقْدٍ جديدٍ .

فصل : ويَصِحُّ قَبولُ الوَصِيَّةِ ورَدُّها فى حياةِ المُوصِى ؛ لأنَّها إذْنٌ فى التَّصرُّفِ ، فصَحَّ قَبولُه بعدَ العقدِ ، (٤ كالتَّوْكِيلِ ٤) ، بخلافِ الوَصِيَّةِ له ، فإنَّها تمليكٌ فى وقتٍ ، فلم يَصِحَّ القَبُولُ قبلَ الوقتِ . ويجوزُ تأْخيرُ القَبُولِ إلى ما بعدَ الموتِ ؛ لأنَّها نَوْعُ وَصِيَّةٍ ، فصحَّ قَبُولُها بعدَ الموتِ ، كالوَصِيَّةِ له ، ومتى قَبِلَ صارَ وَصِيًّا ، وله عَزْلُ نفسِه متى شاءَ ، مع القُدرةِ والعَجْزِ ، فى حَياةِ المُوصِى وبعدَ مَوْتِه ، / بمَشْهَدٍ منه وفى غَيْبَتِه . وبهذا قالَ الشَّافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا يجوزُ له ذلك بعدَ الموتِ بحَالٍ ، ولا يجوزُ فى حياتِه إلَّا بحَضْرَتِه ؛ لأنَّه غَرَّه بالْتِزامِ وَصِيَّتِه ، ومنَعه بذلك الإيصاءَ إلى غيرِه . وذكَرَ ابنُ أبى موسى ، فى « الإرْشادِ » روايةً عن أحمدَ ، ليس له عَزْلُ نفسِه بعدَ الموتِ لذلك . ولَنا ، أنَّه مُتَصرِّفٌ بالإذْنِ ، فكانَ له عَزْلُ نفسِه ، كالوَكِيلِ .

٦٨/٦ ظ

فصل : ويجوزُ أن يجْعَلَ للوَصِىِّ جُعْلًا ؛ لأنَّها بمَنْزِلَةِ الوَكَالةِ ، والوكالةُ تجوزُ بجُعْلٍ ، فكذلك الوَصِيَّةُ . وقد نقلَ إسحاقُ بنُ إبراهيمَ ، فى الرجلِ يُوصِى إلى الرجلِ ، ويَجْعَلُ له دَراهمَ مُسَمَّاةً ، فلا بأْسَ . ومُقاسَمةُ الوَصِىِّ (٥) الموصَى له جائزةٌ على الورَثةِ ؛ لأنَّه نائبٌ عنهم ، ومُقَاسَمتُه للورثةِ على المُوصَى له لا تجوزُ ؛ لأنَّه ليس بنائبٍ عنه .

(٤ - ٤) فى م : « كالوكيل » .

(٥) فى م : « الموصى » .

فصل : وإذا أوصَى إلى رجلٍ ، وأذِنَ له أن يُوصِيَ إلى مَن يشاءُ ، نحوُ أن يقول[6] : أذِنْتُ لك أن تُوصِيَ إلى مَن شئتَ ، أو كُلُّ مَن أوْصَيْتَ إليه فقد أوْصَيتُ إليه ، أو فهو وَصِيٌّ . صحَّ ، وله أن يُوصِيَ إلى مَن شاءَ ؛ لأنَّه رَضِيَ باجْتهادِه واجْتهادِ مَن يَراه ، فصحَّ ، كما لو وَصَّى إليهما معًا . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . وحُكِيَ عن الشافعيِّ أنَّه قالَ فى أحدِ القَوْلَين : ليس له أن يُوصِيَ ؛ لأنَّه يَلِى بتَوَلِّيه ، فلا يصِحُّ أن يُوصِيَ ، كالوكيلِ . ولَنا ، أنَّه مأذونٌ له فى الإذنِ فى التَّصرُّفِ ، فجازَ له أن يأْذَنَ لغيرِه ، كالوكيلِ إذا أُمِرَ بالتَّوْكيلِ ، والوكيلُ حجَّةٌ عليه من الوَجْه الذى ذكَرْناه . فأمَّا إن أوصَى إليه ، وأطْلَقَ ، ولم يأذنْ له فى الإيصَاءِ ولا نَهَاهُ[7] عنه ، ففيه روايتان ؛ إحْداهما ، له أن يُوصِيَ إلى غيرِه . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ، والثَّورىِّ ، وأبى يوسفَ ؛ لأنَّ الأبَ أقامَه مُقامَ نفسِه ، فكانَ له الوَصِيَّةُ ، كالأبِ . والثانية ، ليس له ذلك . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . ومذهبُ الشافعىِّ ، وإسحاقَ . وهو الظَّاهرُ مِن مذهبِ الْخِرَقِىِّ ؛ لقولِه ذلك فى الوكيلِ[8] ؛ / لأنَّه يتصرَّفُ[9] بتَوْلِيَةٍ ، فلم يكُنْ له التَّفْويضُ ، كالوَكيلِ ، ويُخالفُ الأبَ ؛ لأنَّه يَلِى بغيرِ تَوْلِيَةٍ . ٦٩/٦ و

٩٨٧ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَا وَصِيَّيْنِ ، فَمَاتَ أَحَدُهُما ، أُقِيمَ مُقَامَ الْمَيِّتِ أَمِينٌ)

وجملةُ ذلك ، أنَّه يجوزُ للرَّجلِ الوَصِيَّةُ إلى اثنَينِ ، فمتى أوْصَى إليهما مُطلقًا ، لم يَجُزْ لِواحدٍ منهما الانْفِرادُ بالتَّصرُّفِ ، فإن ماتَ أحدُهما ، أو جُنَّ ، أو وُجِدَ منه ما يُوجِبُ عَزْلَه ، أقامَ الحاكمُ مُقامَه أمينًا ؛ لأنَّ المُوصِيَ لم يَرْضَ بنَظَرِ هذا الباقى منهما وحدَه .

---

(٦) فى ا زيادة : « قد » .

(٧) فى ا ، م : « ينهاه » .

(٨) فى ا : « التوكيل » .

(٩) فى الأصل : « تصرف » .

فإن أرادَ الحاكمُ رَدَّ النظرِ إلى الباقى منهما ، لم يكُنْ له ذلك . وذكرَ أصحابُ الشافعىِّ وجهًا فى جوازِه ؛ لأنَّ النَّظرَ لو كان له لِمَوْتِ المُوصِى عن غيرِ وَصِيَّةٍ ، كان له رَدُّه إلى واحدٍ ، كذلك هٰهُنا ، فيَكُونُ ناظرًا بالوَصِيَّةِ من المُوصِى ، والأمانةِ من جِهَةِ الحاكِم . ولَنا ، أنَّ المُوصِىَ لم يَرضَ بتصرُّفِ هذا وحدَه ، فوجَبَ ضَمُّ غيرِه إليه ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ مُقدَّمةٌ على نَظَرِ الحاكِم واجْتهادِه . وإن تغيَّرتْ حالُهما جميعا بمَوتٍ أو غيرِه ، فلِلْحاكِم أن يَنْصِبَ مَكانَهما . وهل له نَصْبُ واحدٍ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، له ذلك ؛ لأنَّه لمَّا عُدِمَ الوَصِيَّانِ ، صارَ الأمرُ إلى الحاكمِ بمَنْزلةِ ما لم يُوصِ ، ولو لم يُوصِ لاكْتُفِىَ بواحدٍ ، كذا هٰهُنا . ويُفارِقُ ما إذا كانَ أحدُهما حَيًّا ؛ لأنَّ الموصِىَ بيَّن أنَّه لا يَرْضَى بها وحدَه ، بخلافِ ما إذا ماتا معًا . والثانى ، لا يجوزُ أن يَنْصِبَ إلَّا اثْنَيْن ؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يرضَ بواحدٍ ، فلم يَقْتنِعْ به ، كما لو كان أحدُهما حَيًّا . فأمَّا إن جعلَ لكلِّ واحدٍ منهما التَّصرُّفَ مُنْفرِدًا ، فمات أحدُهما أو خرجَ من الوَصِيَّةِ ، لم يكنْ للحاكِم أن يُقيمَ مُقامَه أمينًا ؛ لأنَّ الباقىَ منهما له النَّظرُ بالوَصِيَّةِ ، فلا حاجةَ إلى غيرِه . وإن ماتا معًا ، أو خرَجا عن الوَصِيَّةِ ، فللحاكِم أن يُقيمَ واحدًا يتصرَّفُ . وإن تَغيَّرتْ حالُ أحدِ الوَصِيَّيْنِ تَغْييرًا لا يُزيلُه عن الوَصِيَّةِ ، كالعَجْزِ عنها لضَعْفٍ أو عِلَّةٍ ونحوِ ذلك ، وكانا ممَّن لكلِّ واحدٍ منهما التَّصرُّفُ مُنْفَرِدًا ، فليس للحاكِم / أن يَضُمَّ إليهما أمينًا ؛ لأنَّ الباقىَ منهما يَكْفِى ، إلَّا أن يكونَ الباقى منهما يَعْجِزُ عن التَّصرفِ وحدَه[1] ؛ لكثرةِ العملِ ونحوِه ، فله أن يُقِيمَ أمينًا . وإن كانَا[2] ممَّن ليس لأحدِهما التَّصرُّفُ على الانْفِرادِ ، فعلى الحاكمِ أن يُقيمَ مُقامَ مَن ضَعُفَ عنها أمينًا ، يتصرَّفُ معه على كلِّ حالٍ ، فيَصِيرُون ثلاثةً ؛ الوَصِيَّان والأمِينُ معهما ، و[ليس][3] لكلِّ واحدٍ منهم التَّصرُّفُ وحدَه .

٦٩/٦ ظ

---

(١) فى الأصل : « عنده » .

(٢) فى ا ، م : « كان » .

(٣) تكملة يصح بها السياق . وفى حاشية م إشارة إلى هذا .

فصل : وإذا اختلفَ الوَصيَّانِ عندَ مَن يُجْعَلُ المالُ[٤] منهما ، لم يُجْعَلْ عندَ واحدٍ منهما ، و لم يُقْسَمْ بينهما ، وجُعِلَ فى مكانٍ تحتَ أيديهما جميعًا ؛ لأنَّ المُوصِىَ لم يأْمنْ أحدَهما على حِفْظِه ، ولا التَّصرُّفِ فيه . وقال مالكٌ : يُجْعَلُ عندَ أعْدَلِهما . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : يُقْسَمُ بينهما . وهو المنصوصُ عن الشَّافعىِّ ، إلَّا أنَّ أصحابَه اخْتلَفُوا فى مُرادِه بكلامِه ؛ فقال بعضُهم : إنَّما أرادَ إذا كانَ كلُّ واحدٍ منهما مُوصًى إليه على الانْفِرادِ . وقالَ بعضُهم : بل هو عامٌّ فيهما . ولَنا ، أنَّ حفظَ المالِ من جُمْلَةِ المُوصَى به ، فلم يَجُزْ لأحدِهما الانْفِرادُ به ، كالتَّصرُّفِ . ولأنَّه لو جازَ لكلِّ واحدٍ منهما أن يَنْفَرِدَ بحِفْظِ بعضِه ، لَجازَ له أن يَنْفَرِدَ بالتَّصرُّفِ فى بعضِه .

فصل : لا بأسَ بالدُّخولِ فى الوَصِيَّةِ ، فإنَّ الصحابةَ ، رضى اللهُ عنهم ، كان بعضُهم يُوصِى إلى بعضٍ ، فيَقْبَلونَ الوَصِيَّةَ ، فرُوِى عن أبى عُبَيْدةَ ، أنَّه لمَّا عبرَ الفُرَاتَ أوصَى إلى عُمرَ . وأوْصَى إلى الزُّبَيْرِ ستةٌ من أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ؛ عثمانُ ، وابنُ مَسعودٍ ، والمِقْدادُ ، وعبدُ الرحمنِ بنُ عوفٍ ، ومُطِيعُ بنُ الأسْودِ ، وآخرُ . ورُوِى عن ابنِ عمرَ أنَّه كان وَصِيًّا لرَجلٍ . وفى وَصِيَّةِ ابنِ مسعودٍ : إنْ حدَثَ بى حادِثُ الموتِ مِن مَرَضِى هذا ، أنَّ مَرْجعَ وَصِيَّتى إلى اللهِ سبحانَه ، ثم إلى الزُّبيرِ بنِ العَوَّامِ ، وابنِه عبدِ اللهِ[٥] . ولأنَّها وَكالةٌ وأمانةٌ ، فأشْبَهتِ الوَدِيعةَ والوَكالةَ فى الحياةِ . وقياسُ مذهبِ أحمدَ أنَّ تركَ الدُّخولِ فيها أولَى ؛ لما فيها من الخَطَرِ ، وهو لا يُعْدِلُ بالسَّلامةِ شيئًا ، ولذلك كانَ يَرى / تركَ الالْتِقاطِ ، وتَرْكَ الإحْرامِ قبلَ المِيقاتِ أفضلَ ، تَحرِّيًا للسَّلامَةِ ، واجْتِنابًا للخَطَرِ . وقد رُوِى حديثٌ يَدلُّ على ذلك ، وهو ما رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال لأبى ذَرٍّ : « إنِّى أَرَاكَ ضَعِيفًا ، وإنِّى أُحِبُّ لَكَ مَا أُحِبُّ لِنَفْسِى ، فَلَا تَأَمَّرَنَّ

٦/٧٠ و

---

(٤) سقط من : ا .

(٥) تقدم فى صفحة ٤٧٣ .

عَلَى اثْنَيْنِ ، وَلَا تَوَلَّيَنَّ مَالَ يَتِيمٍ » . أخرجه مسلم[6] .

فصل : فإن ماتَ رجلٌ لا وَصِيَّ له ، ولا حاكمَ فى بلدِه ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، رحمه الله ، أنَّه يجوزُ لرَجلٍ من المُسلمينَ أن يتولَّى أمرَه ، ويَبيعَ مادَعَتِ الحاجةُ إلى بَيْعِه ، فإنَّ صالِحًا نَقَلَ عنه ، فى رجلٍ بأرضِ غُرْبةٍ ، لا قاضِيَ بها ، ماتَ وخلَّفَ جَوارِىَ ومالًا أتَرى لرجلٍ من المُسلمينَ بَيْعَ ذلك ؟ فقال : أمَّا المنافِعُ والحَيوانُ ، فإن اضْطُرُّوا إلى بَيْعِه ، ولم يكُنْ قاضٍ ، فلا بأسَ ، وأمَّا الجَوارِى فأحَبُّ إلىَّ أن يتولَّى بيعَهُنَّ حاكمٌ مِن الحُكَّامِ . وإنَّما توقَّفَ عن بيعِ الإماءِ على طريقِ الاخْتِيَارِ احْتياطًا ؛ لأنَّ بَيْعَهُنَّ يتضمَّنُ إباحةَ فَرْجٍ ، وأجازَ بَيْعَ ذلك ؛ لأنَّه موضعُ ضَرُورَةٍ .

فصل : وإذا أوصَى إليه بتَفْرِيقِ مالٍ ، لم يكُنْ له أخذُ شيءٍ منه . نصَّ عليه أحمدُ ، فقال : إذا كانَ فى يدِه مالٌ للمَساكينِ ، وأبوابِ البِرِّ ، وهو يَحْتاجُ إليه ، فلا يأكُلُ منه شيئًا ، إنَّما أُمِرَ بتَنْفِيذِه . وبهذا قالَ مالكٌ ، والشَّافعىُّ . وقال أبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : إذا قالَ المُوصِى : جعلتُ لك أن تَضعَ ثُلُثِى حيثُ شِئْتَ ، أو حيثُ رأيتَ . فله أخْذُه لنفْسِه وولدِه . ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ ذلك عندنا ؛ لأنَّه يتناولُه لفظُ المُوصِى . ويَحْتَمِلُ أن يُنْظَرَ إلى قرائنِ الأحوالِ ، فإن دلَّتْ على أنَّه أرادَ أخْذَه منه ، مثلُ أن يكونَ من جُمْلَةِ المُسْتَحِقِّينَ الذين يُصْرَفُ إليهم ذلك ، أو عادتُه الأخْذُ مِن مِثْلِه ، فله الأخْذُ منه ، وإلَّا فلا . ويَحْتَمِلُ أنَّ له إعْطاءَ ولدِه وسائرِ أقاربِه إذا كانوا مُسْتَحِقِّينَ دُونَ نفسِه ؛ لأنَّه مَأْمورٌ بالتَّفْرِيقِ ، وقد فرَّقَ فى مَن يَستحقُّ ، فأشْبَهَ مالو دفعَ إلى أجْنَبىٍّ . /ولَنا ، أنَّه تمليكٌ مَلَكَه بالإذنِ ، فلا يجوزُ أن يَكونَ قابلًا ، كما لو وكَّلَه فى بَيْعِ سِلْعةٍ ، لم يَجُزْ له بَيْعُها مِن نفسِه .

٧٠/٦ ظ

---

(٦) فى : باب كراهة الإمارة بغير ضرورة ، من كتاب الإمارة : صحيح مسلم ١٤٥٨/٣ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الدخول فى الوصايا ، من كتاب الوصايا . سنن أبى داود ١٠٢/٢ . والنسائى ، فى : باب النهى عن الولاية على مال اليتيم ، من كتاب الوصايا . المجتبى ٢١٤/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٨٠/٥ .

فصل : وإن وصَّى إليهِ بتفْرِيقِ ثُلُثِه ، فأبَى الْوَرثَةُ[7] إخراجَ ثُلُثِ ما فى أيْدِيهم ، ففيه[8] روايتان ؛ إحداهما ، يُخْرِجُ الثُّلُثَ كلَّه ممَّا فى يدِه . نقلَها أبو طالِب ؛ لأنَّ حقَّ المُوصَى له مُتَعلِّقٌ بأجْزاءِ التَّرِكةِ ، فجازَ أن يَدْفَعَ إليه ممَّا فى يدِه ، كما يَدْفَعُ إلى بعضِ الورثةِ . والأُخرَى ، يدفعُ إليه ثُلثَ ما فى يدِه ، ولا يُعطِيهم شيئا ممَّا فِى يدِه حتى يُخرِجُوا ثُلُثَ ما فى أيْدِيهم . نقلَها أبو الحارثِ ؛ لأنَّ صاحبَ الدَّينِ إذا كانَ للمَدِينِ فى يَديْه مالٌ ، لم يَملِكْ اسْتيفاءَه ممَّا فى يَدَيْه ، كذا هٰهُنا . ويُمْكِنُ حَمْلُ الرِّوايتَيْن على اخْتلافِ حالَيْنِ ، فالروايةُ الأُولَى محمولةٌ على ما إذا كانَ المالُ جنسًا واحدًا ، فللمُوصَى أن يُخرِجَ الثُّلُثَ كلَّه ممَّا فى يَدَيْه ؛ لأنَّه لا فائدةَ فى انتظارِ إخْراجِهم ممَّا فى أيْدِيهم ، مع اتِّحادِ الجِنْسِ . والرِّوايةُ الثانيةُ مَحمولةٌ على ما إذا كانَ المالُ أجْناسًا ، فإنَّ الوَصِيَّةَ تتعلَّقُ بثُلُثِ كلِّ جنسٍ ، فليس له أن يُخْرِجَ عِوَضًا عن ثُلُثِ ما فى أيْدِيهم ممَّا فى يَدِه ؛ لأنَّه مُعاوَضةٌ لا تَجوزُ إلَّا بِرِضَاهم ، واللهُ أعلمُ .

فصل : إذا علِمَ الوَصِىُّ أنَّ على الميِّتِ دَيْنًا ، إمَّا بوَصِيَّةِ الميِّتِ أو غيرِها ، فقالَ أحمدُ : لا يَقْضِيه إلَّا ببيِّنةٍ . قيلَ له : فإن كانَ ابنُ المَيِّتِ يُصدِّقُه ؟ قال : يكونُ ذلك فى حِصَّةِ مَن أقَرَّ بقَدْرِ حِصَّتِه . وقالَ فى مَن اسْتَوْدَعَ رجلًا ألفَ درهمٍ ، وقال : إن أنا مِتُّ ، فادْفعْها إلى ابنى الكَبيرِ . وله ابنانِ ، أو قالَ : ادفعْها إلى أجْنبىٍّ . فقالَ : إنْ دَفَعَها إلى أحدِ الابْنَيْنِ ، ضَمِنَ للآخرِ قَدْرَ حِصَّتِه ، وإن دَفَعها إلى الآخرِ ، ضمِنَ . ولعلَّ هذا مِن أحمدَ فيما إذا لم يُصدِّقِ الورثةُ الوَصِىَّ ، ولم يُقِرُّوا ، فلا يُقبَلُ قولُه عليهم ، وليس له الدَّفْعُ بغيرِ إذْنِهم ؛ لأنَّ قولَه أقَرَّ عندى وأذِنَ لى ، إثْباتُ ولايةٍ ، فلا يُقْبَلُ قولُه فيه ، ولا شهادتُه ؛ لأنَّه يَشْهَدُ لنفسِه بالولايةِ . /وقد نقلَ أبو داود ، فى رجلٍ أوْصَى أنَّ لفلانٍ علىَّ كذا ، يَنْبَغِى للوَصِىِّ أن يُنْفِذَهُ ، ولا يَحِلُّ له إن لم يُنْفِذْهُ[9] . فهذه المسألةُ محمولةٌ

٧١/٦ و

(٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) فى م : « فعنه » .

(٩) فى ا ، م : « ينفذ » .

على أنَّ الورثةَ يُصدِّقون الوَصِيَّ أو المدَّعِي ، أو له بَيِّنةٌ بذلك ، جَمْعًا بين الرِّوايتَيْن ، ومُوافقةً للدَّليلِ . قيلَ لأحمدَ : فإن علمَ المُوصَى إليه لرجلٍ حقًّا على الميِّتِ ، فجاءَ الغَرِيمُ يُطالِبُ الوَصِيَّ ، وقدَّمه إلى القاضى لِيستَحْلِفَه أنَّ مالى فى يدَيْك حَقٌّ . فقال : لا يَحْلِفُ . ويُعْلِمُ القاضىَ بالقَضِيَّةِ ، فإن أعْطاه القاضِى فهو أعْلَمُ . فإن ادَّعى رجلٌ دَيْنًا على الميِّتِ ، وأقامَ به بَيِّنَةً ، فهل يجوزُ للوَصِيِّ قَبُولُها ، وقَضاءُ الدَّيْنِ بها ، من غيرِ حضورِ حاكمٍ ؟ فكلامُ أحمدَ يدلُّ على روايتَيْن ؛ إحداهما ، قال : لا يجوزُ الدفعُ إليه بدَعْواه ، إلَّا أن تَقومَ الْبَيِّنةُ . فظاهرُ هذا أنَّه جوَّزَ الدَّفعَ بالْبَيِّنَةِ من غيرِ حُكْمِ [10] حاكمٍ ؛ لأنَّ الْبَيِّنَةَ له حُجَّةٌ . وقال فى موضعٍ آخَرَ : إلَّا أن يُثْبِتَ بَيِّنَةً [11] عند الحاكِمِ بذلك ، فأمَّا إن صدَّقهم الورثةُ على ذلك . قُبِلَ ؛ لأنَّه إقْرارٌ منهم على أنْفُسِهم .

٩٨٨ ـ مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ ، أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ ، عَبْدَيْنِ ، لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُمَا ، وَقِيمَةُ أَحَدِهِمَا مِائَتَانِ ، وَالْآخرِ ثَلَاثُمائَةٍ ، فَلَمْ يُجزِ الْوَرَثَةُ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الَّذِى قِيمَتُهُ مِائَتَانِ ، عَتَقَ مِنْهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ ، وَهُوَ ثُلُثُ الجَمِيعِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخرِ ، عَتَقَ مِنْهُ خَمْسَةُ أَتْسَاعِهِ ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ مِلْكِ الْمَيِّتِ خَمْسُمائَةِ دِرْهَمٍ ، وَهُوَ قِيمَةُ الْعَبْدَيْنِ ، فَضُرِبَ فِى ثَلَاثَةٍ ، فَأُخِذَ ثُلُثُه خَمْسُمَائَةٍ . فَأَمَّا إنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الَّذِى قِيمَتُهُ مِائَتَانِ ، ضَرَبْنَاهُ فِى ثَلَاثَةٍ ، فَصَيَّرْنَاهُ سِتَّمِائَةٍ ، فَصَارَ الْعِتْقُ مِنْهُ خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ . وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ فِى الْآخرِ إِذَا وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ . وَكُلُّ شَىْءٍ يَأْتِى مِنْ هٰذَا الْبَابِ فَسَبِيلُهُ أَنْ يُضْرَبَ فِى ثَلَاثَةٍ ، لِيَخْرُجَ بِلَا كَسْرٍ**)

هذه المسألةُ دَالَّةٌ على أحكامٍ أربعةٍ ؛ منها أنَّ حُكمَ العِتقِ فى مَرضِ الموتِ حُكمُ

---

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى ا ، م : « بينة » .

٧١/٦ ظ الوَصِيَّةِ ، لَا يجوزُ منه إلَّا (١ثلثُ / المالِ١) ، إلَّا أن يُجيزَه الوَرثةُ . وهذا قولُ جُمهورِ الفُقَهاءِ . وحُكِيَ عن مَسْروقٍ ، في مَن أعتقَ عبدَه في مرضِ مَوْتِه ، ولا مالَ له غيرُه : أُجيزُه برُمَّتِه ، شيءٌ جعلَه للهِ لا أرُدُّهُ(٢) . وهذا قولٌ شاذٌّ يُخالِفُ الأثرَ والنَّظرَ ، فإنَّه قد صحَّ عن عِمْرانَ بنِ حُصَينٍ ، أن رجلًا مِن الأنصارِ أعتقَ سِتَّةَ أعْبُدٍ عندَ موتِه ، لم يكُنْ له مالٌ غيرَهم ، فدَعا بهم النبيُّ ﷺ ، فأقرَعَ بينَهم ، فأعتقَ اثْنَين ، وأرقَّ أربعةً . وقالَ له قولًا شديدًا . رواه مُسلمٌ ، وأبو داوُدَ(٣) . ولأنَّه تَبَرُّعٌ في مرضِ موتِه فأشْبَهَ سائرَ العَطايا والصَّدقاتِ . الثاني ، أنَّ العِتْقَ إذا كانَ في أكثرَ من واحدٍ ، ولم يَحْمِلْهُم الثلثُ ، كَمَّلْنا الثُّلُثَ في واحدٍ بالقُرْعَةِ ، وإنْ كانُوا جماعةً كَمَّلنا العِتْقَ في بعضِهم بالقُرْعةِ ، بدليلِ حديثِ عِمْرانَ (٤بنِ حصيْنٍ٤) المذْكور . الثالث ، أنَّه إذا لم يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إلَّا جُزءٌ من عبدٍ ، عَتَقَ ذلك الجزءُ خاصَّةً ، ورقَّ باقِيه ، على ما سنذْكُره في العِتْقِ ، إن شاء اللهُ تعالى . الرابع ، إثْباتُ القُرْعةِ ومشْرُوعيَّتِها ؛ بدليلِ حديثِ عِمْرانَ ، وفِعْلِ النبيِّ ﷺ في الأَعْبُدِ الذين أقْرَعَ بينهم . فأمَّا كيفيَّةُ تَكْميلِ العِتْقِ ، فإنَّ العَبيدَ إن تساوَتْ قِيمتُهم ، وكان لهم ثُلُثٌ صَحيحٌ ، كِستَّةِ أعبُدٍ ، قِيمةُ كلِّ اثنين منهم ثُلُثُ المالِ ، جَعَلْنا كلَّ اثْنَيْن منهم(٥) ثُلُثًا ، وأقْرَعْنا بينهم بسَهْمِ حُرِّيَّةٍ ، وسَهْمَيْ رِقٍّ ، كما فعلَ النبيُّ ﷺ ، فاللَّذان يَقَعُ لهما سهمُ الحريةِ يَعْتِقانِ ، ويَرِقُّ الآخَرُون . وإن كان فيهم كَسْرٌ ، كمسألةِ الْخِرَقِيِّ ، أقْرَعْتَ بين العَبْدَيْن ، فأيُّهما وقعتْ عليه قُرعةُ الحُرِّيَّةِ ، ضَرَبْتَ قيمتَه في ثلاثةِ أسهمٍ ، فمهما(٦) بلَغَ نَسَبْتَ إليه قِيمةَ العَبْدَيْن جميعا ، فمَهْما خرجَ بالنِّسْبةِ ، فهو القَدْرُ الذي يَعْتِقُ منه . ففي هذه المسألةِ ، إذا وَقعَتِ

(١ - ١) في ا : « الثلث » .

(٢) في م : « إرادة » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٥ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ا .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في ا ، م : « فما » .

القُرْعةُ على الذى قيمتُه مائتان ، ضَرَبْتَها فى ثلاثةٍ ، صارتْ[7] سِتَّمائةٍ ، ونَسَبْتَ منها قيمةَ العَبْدَيْن معا ، وهى خمسُمائة ، تَجِدُها خَمْسةَ أسْداسِها ، فيَعْتِقُ منه خمسةُ أسْداسِه . وإن وقَعتْ على / الآخَرِ ، عَتَقَ خمسةُ أتْساعِه . وتمامُ شرحِ ذلك يأتى فى باب العِتْقِ ، إن شاءَ اللهُ تعالى . ٧٢/٦ و

٩٨٩ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى بِعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ لِرَجُلٍ ، وَلَمْ يُسَمِّ الْعَبْدَ ، كَانَ لَهُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِلَّا مَلَكَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ)

وجملةُ ذلك ، أنَّ الوَصِيَّةَ بغيرِ مُعَيَّنٍ ، كعبدٍ مِن عَبِيدِه ، وشاةٍ من غَنَمِه ، تصحُّ . وقد ذكَرْنا أنَّ الوَصِيَّةَ بالمجهولِ تصحُّ فيما مضَى . وبه يقولُ مالكٌ ، والشَّافعيُّ ، وإسحاقُ . واخْتلَفتِ الرِّوايةُ فيما يستحقُّه المُوصَى له ، فرُوِىَ أنَّه يسْتَحِقُّ أحدَهم بالقُرعةِ ، ويُشْبِهُ أن يكونَ قولَ إسحاقَ . ونقلَ ابنُ منصورٍ ، أنَّه يُعْطَى أحْسَنَهم . يعنى يُعْطِيه الورثةُ ما أحبُّوا من العبيدِ . وهو قولُ الشَّافعىِّ . وقال مالكٌ قولًا يَقْتَضِى أنَّه إذا أوْصَى بعبدٍ ، وله ثلاثةُ أعبُدٍ ، فله ثُلُثُهم . وإن كانوا أربعةً فلَه رُبْعُهم ، فإنَّه قال : إذا أوْصَى بعَشْرٍ من إبِله ، وهى مائةٌ ، يُعْطَى عُشْرَها ، والنَّخلُ ، والرقيقُ ، والدوابُ على ذلك . والصحيحُ أنَّه يُعْطَى عشرةً بالعددِ ؛ لأنَّه الذى تناولَه لفظُه ، ولفظُه هو المُقْتَضِى ، فلا يُعدَلُ عنه ، ولكن يُعْطَى واحدًا بالقرْعةِ ؛ لأنَّه يَسْتَحِقُّ واحدًا غيرَ مُعَيَّنٍ ، فليس واحدٌ بأوْلَى مِن واحدٍ ، فوجبَ الْمَصِيرُ إلى القُرْعةِ ، كما لو أعْتَقَ واحدًا منهم . وعلى ما نقلَ ابنُ منصورٍ ، يُعْطِيه الورثةُ من عبيدِه ما شاءُوا ، من صحيحٍ أو مَعيبٍ ، جَيِّدٍ أو رَدِىءٍ ؛ لأنَّه يتناولُه اسم العبدِ ، فأجْزأ ، كما لو وَصَّى له بعبدٍ ولم يُضِفْه إلى عبيدِه . وإن لم[1] يكُنْ له إلَّا عبدٌ واحدٌ . تعيَّنتِ الوَصِيَّةُ فيه ، وكذلك إن كانَ له عبيدٌ فماتوا كلُّهم إلَّا واحدًا ، تَعيَّنتِ الوَصِيَّةُ فيه ، لتعذُّرِ تسْليمِ الباقى . وإن تَلِفَ رَقِيقُه

---

(٧) فى الأصل : « صارتا » .

(١) فى م : « ولم » .

جميعُهم قبلَ موتِ المُوصِى ، أو قُتِلُوا ، بطلَتِ الوصيَّةُ ؛ لأنَّها إنما تَلْزَمُ بالموتِ ، ولا رَقِيقَ له حِينئذٍ . وإن تَلِفُوا بعدَ موتِه بغيرِ تَفْرِيطٍ من الورثةِ ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ التَّرِكَةَ عند الوَرثةِ غيرُ مَضْمونةٍ ؛ / لأنَّها حصلتْ فى أيديهم بغيرِ فِعْلِهم . وإن قَتَلَهم قاتلٌ ، فلِلْمُوصَى له قيمةُ أحدِهم ، مَبْنِيًّا على الرِّوايتَيْن فى مَن يستَحِقُّه منهم فى الحياةِ . ولو قالَ : أوْصَيْتُ لك بِعبدٍ من عَبِيدِى . ولا عَبيدَ له ، لم تَصِحَّ الوصيَّةُ ؛ لأنَّه أوصَى له بلا شىءٍ ، فهو كما لو قالَ : أوْصَيْتُ لك بما فى كِيسِى . ولا شَىْءَ فيه ، أو بدارِى . ولا دارَ له ، فإن اشْتَرَى قبلَ موتِه عَبيدًا ، احْتمَلَ أن لا تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّها وقَعتْ باطلةً ، فلم تصِحَّ . كما لو قالَ : أوصَيْتُ لك بما فى كِيسِى . ولا شىءَ فيه ، ثم جعلَ فى كِيسِه شيئًا . ولأنَّ الوَصِيَّةَ تَقْتَضِى عبدًا من المَوْجُودِينَ له حالَ الوَصِيَّةِ . ويَحْتَمِلُ أن تصِحَّ ، كما لو وصَّى له بألْفٍ لا يَمْلِكُهُ ، ثم مَلَكَه ، أو وَصَّى له بثُلُثِ عَبِيدِه ، ثم ملكَ عَبِيدًا آخَرِين . وقد رَوَى ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، فى رجلٍ قالَ فى مَرَضِه : أعْطُوا فُلانًا من كِيسِى مائةَ دِرهمٍ . فلم يُوجَدْ فى كِيسِه شىءٌ . يُعْطَى مائةَ دِرهمٍ . فلم تَبْطُلِ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّه قَصَدَ إعْطاءَه مائةَ درهمٍ ، وظَنَّها فى الكِيسِ ، فإذا لم تَكُنْ فى الكِيسِ ، أُعْطِىَ من غيرِه . فكذلك يُخَرَّجُ فى الوَصِيَّةِ بعبدٍ من عَبِيدِه ، إذا لم يكُنْ له عَبِيدٌ ، أن يُشْتَرَى له من تَرِكَتِه عبدٌ ، ويُعْطَى إيَّاه .

فصل : وإن وَصَّى الرَّجلُ بعَبدٍ ، صحَّتِ الوَصيَّةُ ، ويُشْتَرَى له عبدٌ أىَّ عبدٍ كانَ . وإن كان له عَبِيدٌ ، أعطاه الورَثةُ ما شاءُوا ، ولا قُرعةَ هٰهُنا ؛ لأنَّه لم يُضِفِ[2] الرَّقِيقَ إلى نفسِه ، ولا جَعلَه واحدًا من عددٍ مَحْصورٍ ، فلم يَسْتَحِقَّ المُوصَى له أكثرَ من أقلِّ مَن يُسَمَّى عَبدًا ، كما لو أقرَّ له بعبدٍ . قال القاضى : ولهم أن يُعطُوه ما شاءوا مِن ذكرٍ أو أُنثَى . والصَّحيحُ عندى أنَّه لا يَسْتَحِقُّ إلَّا ذكرًا ؛ فإنَّ اللهَ تعالى فرَّقَ بين العَبِيدِ والإماءِ ، بقولِه تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُواْ ٱلْأَيَامَى مِنْكُمْ وَٱلصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ

---

(٢) فى النسخ : « يصف » .

وَإِمَائِكُمْ ﴾[٣] . والمعْطُوفُ يُغايِرُ المَعْطُوفَ عليه ظاهِرًا . ولأنَّه فى العُرْفِ كذلك ، فإنَّه لا يُفْهَمُ من إطْلاقِ اسمِ العَبدِ إلَّا الذَّكرُ . ولو وَكَّلَه / فى شِراءِ عَبدٍ ، لم يكُنْ له شِراءُ أَمةٍ ، فلا تَنْصَرِفُ وَصِيَّته إلَّا إلى الذَّكرِ . وإن وَصَّى له بأَمةٍ أو جارِيةٍ ، لم يكُنْ له إلَّا أُنْثَى ، وليس له أن يُعْطِيَه خُنْثَى مُشكِلًا ؛ لأنَّه لا يُعلَمُ كونُه ذَكرًا أو أُنثى[٤] . وإن وَصَّى له بواحِدٍ من رَقِيقِه ، أو برَأْسٍ ممَّا مَلَكَتْ يَمِينُه ، دخلَ فى وَصِيَّته الذكرُ والأُنْثَى والخُنْثَى .

٧٣/٦ و

فصل : وإن وصَّى له بشاةٍ من غَنمِه ، فالحُكمُ فيها كالحُكمِ فى الوَصِيَّةِ بعَبدٍ مِن عَبيدِه ، ويَقعُ هذا الاسمُ على الضَّأْنِ والمَعْزِ . قالَ أصحابُنا : ويَتناوَلُ الصَّغيرَةَ والكَبيرَةَ ، والذَّكرَ والأُنْثَى ؛ لأنَّ الشَّاةَ اسمٌ يَتناولُ جَميعَ ذلك ؛ بدليلِ قولِ النَّبىِّ ﷺ : « فِى أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةٌ »[٥] . يُريدُ الذُّكورَ والإِناثَ ، والصِّغارَ والكِبارَ . وعندى أنَّه لا يَتناوَلُ إلَّا أُنْثَى كبيرةً ، إلَّا أن يَكُونَ فى بلدٍ عُرْفُهم يَتَناولُ ذلك ، فأمَّا مَن لا يَتناولُ عُرْفُهم إلَّا الإِناثَ ، فإنَّ وَصِيَّته لا تَتناولُ إلَّا ما يُسمَّى فى عُرفِهم ؛ لأنَّ ظاهرَ حالِه إرادةُ ما يَتعارَفونَه . وإن وصَّى بكَبْشٍ ، لم يَتناولْ إلَّا الذَّكرَ الكَبيرَ مِن الضَّأْنِ . والتَّيسُ لا يَقعُ إلَّا على الذَّكرِ الكَبيرِ من الْمَعْزِ . وإن وصَّى بعَشرَةٍ من الغَنمِ ، يَتناولُ عشرةً من الذُّكورِ والإِناثِ ، والصِّغارِ والكِبارِ .

فصل : وإن وصَّى بجَمَلٍ ، لم يَكُنْ إلَّا ذكرًا . وإن وصَّى بناقةٍ ، لم تَكُنْ إلَّا أُنْثَى . وإن قالَ : عَشرةً من إبِلٍ ، وَقعَ على الذَّكرِ والأُنْثَى جميعًا . ويَحْتَمِلُ أنَّه إن قالَ : عشرةً بالهاءِ ، فهو للذُّكورِ ، وإن قالَ عشر ، فهو للإِناثِ ، وكذلك فى الغَنمِ ؛ لأنَّ العددَ فى العشرةِ إلى الثَّلاثةِ للمذَكَّرِ بالهاء ، وللمؤَنَّثِ بغَيرِها ، قال اللهُ تعالى : ﴿ سَخَّرَهَا

---

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) فى الأصل ، ا : « ولا أنثى » .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٤١/٤ .

عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ ﴾[٦] . وإن قالَ : أعْطُوه بَعِيرًا . ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، هو للذَّكَرِ وحدَه ؛ لأنَّه فى العُرفِ اسمٌ له وَحْدَه . والثانى ، هو للذَّكرِ والأُنثى ؛ لأنَّه فى لسانِ العَربِ يَتناوَلُهما جميعًا . تقولُ / العربُ : حَلَبْتُ البَعِيرَ . تُرِيدُ النَّاقةَ ، فالجملُ فى لسانِهم كالرَّجُلِ مِن بنى آدمَ ، والنَّاقةُ كالمرأةِ ، والبَكْرَةُ[٧] كالفَتاةِ . وكذلك القَلُوصُ والبَعِيرُ كالإِنسانِ .

٧٣/٦ ظ

فصل : وإن وصَّى له بثَورٍ ، فهو ذَكَرٌ . وإن وصَّى له[٨] ببقَرةٍ ، فهى أُنثى . وإن وصَّى بدَابَّةٍ ، فهى واحدةٌ من الخَيلِ والبِغالِ والحَميرِ ، يَتناولُ الذَّكرَ والأُنثَى ؛ لأنَّ الاسمَ فى العُرفِ يقَعُ على جميعِ ذلك . وإن قرنَ به ما يَصْرِفُه إلى أحدِهما ، مثلُ إن قالَ : دابَّةٌ يقاتِلُ عليها ، أو يُسْهَم لها . انْصَرفَ إلى الخَيلِ . وإن قالَ : دابَّةٌ يَنْتَفِعُ بظَهرِها ونَسْلِها ، خَرجَ منه البِغال ؛ لأنَّه لا نَسْلَ لها ، وخرجَ منه الذكورُ كذلك . وإن وصَّى له[٩] بحِمارٍ ، فهو ذَكَرٌ . وإن وصَّى بأَتانٍ ، فهى أُنثى . وفى جميعِ ذلك ، إذا كانَ له أعدادٌ من جنسِ ما وَصَّى له به ، فعَلى قولِ الْخِرَقِىِّ ، يَكُونُ له ذلك بالقُرْعَةِ ، وعلى روايةِ ابنِ مَنصورٍ ، يُعْطِيه الوَرَثةُ ما شاءُوا ، ولا يَستحِقُّ للدَّابةِ سَرْجًا ، ولا للبَعيرِ رَحْلًا ، إلَّا أن يَذْكُرَه فى الوَصِيَّةِ .

فصل : وإن أوْصَى بكَلبٍ يُباحُ اقْتِناؤُه ، صحَّتِ الوَصيةُ ؛ لأنَّ فيه نَفعًا مُباحًا ، وتُقَرُّ الْيَدُ عليه ، والوَصيَّةُ تبرُّعٌ ، فتَصِحُّ فى المالِ ، وفى غيرِ المالِ من الحُقوقِ ، ولأنَّه تَصِحُّ هِبَتُه ، فتَصِحُّ الوَصِيَّةُ به ، كالمالِ . وإن كانَ ممَّا لا يُباحُ اقْتِناؤُه ، لم تصِحَّ الوَصيَّةُ به ، سواءٌ قال : كلبًا مِن كلابى ، أو قال : مِن مالى ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ ابْتِياعُ الكلبِ ؛ لأنَّه لا قيمةَ له ، بخلافِ الشَّاةِ . فإن كان له كلبٌ ولا مالَ له سِوَاهُ ، فلَه ثُلُثُه . وإن

---

(٦) سورة الحاقة ٧ .

(٧) فى م : « والبكر » .

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) سقط من : الأصل .

كانَ له مالٌ سِواهُ ، فقد قيلَ : للمُوصَى له جميعُ الكلبِ وإن قلَّ المالُ ؛ لأنَّ قليلَ المالِ خيْرٌ من الكَلْبِ ؛ لِكَوْنِه لا قيمةَ له . وقيل : للموصَى له به ثُلُثُه . وإن كثُرَ المالُ ؛ لأنَّ مَوْضوعَ الوَصِيَّةِ على أن يُسَلَّمَ ثُلُثا التَّركةِ للورثةِ ، وليس فى التَّركةِ / شىءٌ من جِنْسِ المُوصَى به . وإن وصَّى لرَجلٍ بكِلابِه ، ولآخرَ بثُلُثِ مالِه ، فلِلمُوصَى له بالثُّلُثِ الثُّلُثُ ، وللمُوصَى له بالكلابِ ثُلثُها ، وجهًا واحدًا ؛ لأنَّ ما حصَلَ للورَثةِ من ثُلُثَيِ المالِ قد جازَتِ الوَصيَّةُ فيما يُقابِلُه من حقِّ المُوصَى له ، وهو الثلثُ ، فلا يُحْسَبُ عليهم فى حقِّ الكِلابِ . ولو وصَّى بثُلْثِ مالِه ، ولم يُوصِ بالكِلابِ ، دُفِعَ إليه ثُلُثُ المالِ ، ولم يُحْتَسَبْ بالكِلابِ على الوَرثَةِ ؛ لأنَّها ليست بمالٍ . وإذا قُسِمَتِ الكلابُ بين الوارثِ والمُوصَى له ، أو بين اثنَيْن مُوصًى لهما بها ، قُسِمَتْ على عددِها ؛ لأنَّها لا قيمةَ لها ، فإن تَشاحُّوا فى بعضِها ، فيَنْبَغى أن يُقْرَعَ بينهم فيه . وإن وصَّى له بكَلْبٍ ، وللمُوصِى كلابٌ يُباحُ اتِّخاذُها ، ككِلابِ الصَّيدِ والماشِيَةِ والحَرْثِ ، فله واحدٌ منها بالقُرْعةِ ، أو ما أحبَّ الوَرثةُ ، على الرِّوايةِ الأُخرَى . وإن كانَ له كلبٌ يُباحُ اتِّخاذُه[10] ، وكلبٌ للهِراشِ ، فله الكلبُ المُباحُ . ومذهبُ الشَّافعىِّ فى هذا الفصلِ كلِّه كنَحوِ[11] ممَّا ذكَرْنا ، إلَّا أنَّه يَجْعَلُ للمُوصَى له بكَلْبٍ ما أحبَّ الوَرثةُ دَفْعَه إليه . ولا تصِحُّ الوَصِيَّةُ بكَلْبِ الهِرَاشِ ، ولا كَلْبٍ غيرِ الكلابِ الثَّلاثةِ . وفى الوَصيَّةِ بالجَرْوِ الصَّغيرِ وَجْهان ، بِناءً على جَوازِ تربيَتِه للصَّيدِ أو للماشيةِ . وقد سبَقَ ذكرُ ذلك . ولا تَصِحُّ الوَصيَّةُ بخِنْزيرٍ ، ولا بشىءٍ من السِّباعِ التى لا تَصلُحُ للاصْطِيادِ كالأسدِ ، والنَّمِرِ ، والذِّئبِ ؛ لأنَّها لا مَنفعةَ فيها ، ولا تصحُّ[12] بشىءٍ لا مَنفعةَ فيه من غيرِها .

فصل : وإن وصَّى له بطَبْلِ حَرْبٍ ، صحَّتِ الوَصِيَّةُ به ؛ لأنَّ فيه مَنفعةً مُباحةً . وإن كان بطَبْلِ لَهْوٍ ، لم تَصِحَّ ؛ لعَدَمِ المَنْفَعةِ المُباحةِ به . وإن كانَ مع ذلك إذا فُصِلَ صَلَحَ

٧٤/٦ و

---

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى ا : « نحو » .

(١٢) فى م زيادة : « للوصية » .

للحَرْبِ ، لم تَصِحَّ الوَصيةُ به أيضًا ؛ لأنَّ مَنفعتَه فى الحالِ مَعدومةٌ . فإن كانَ يَصلحُ لهما جميعًا ، صَحَّتِ الوَصيَّةُ به ؛/ لأنَّ المَنْفعَةَ قائمةٌ به . وإن وصَّى له بطَبْلٍ ، وأطْلَقَ ، وله طَبْلانِ ، تَصِحُّ الوَصيَّةُ بأحدِهما دونَ الآخرِ ، انْصَرفَتِ الوَصِيَّةُ إلى ما تصِحُّ الوَصِيَّةُ به . وإن كان له طُبولٌ تَصحُّ الوَصيَّةُ بجَميعِها ، فله أخذُها بالقُرْعةِ ، أو ما شاءَ الوَرثةُ ، على اختِلافِ الرِّوايتَينِ . وإن وصَّى بدُفٍّ ، صحَّتِ الوَصيَّةُ به ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ قال : « أَعْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْه بِالدُّفِّ »[13] . ولا تصِحُّ الوَصِيَّة بمِزْمارٍ ، ولا طُنْبُورٍ ، ولا عُودٍ من عِيدانِ اللَّهْوِ ؛ لأنَّها مُحَرَّمةٌ ، وسواءٌ كانت فيه الأَوْتارُ أو لم تكُنْ ؛ لأنَّه مُهَيَّأٌ لِفعْلِ المَعْصِيةِ دونَ غَيرِها ، فأشْبهَ ما لو كانت فيه الأَوْتارُ .

فصل : ولو أَوْصَى له بقَوْسٍ ، صحَّتِ الوصيةُ ، فإنَّ فيه مَنفعةً مُباحةً ، سواءٌ كان قَوْسَ نُشَّابٍ ، وهو الفارِسيُّ ، أو نَبْلٍ وهو العَرَبِيُّ ، أو قَوْسًا[14] بمَجْرَى ، أو قوسَ زُنْبُورٍ ، أو جُوخٍ ، أو نَدْفٍ ، أو بُنْدُقٍ . فإن لم يكُنْ له إلَّا قوسٌ واحدٌ من هذه القِسِيِّ ، تَعيَّنتِ الوَصيَّةُ فيه . وإن كانت له هذه جميعُها ، وكان فى لفظِه أو حالِه قرينةٌ تصْرِفُ إلى أحدِها ، انْصَرَفَ إليه ، مثلُ أن يقولَ : قَوْسًا يَنْدِفُ به ، أو يَتعيَّشُ به ، أو ما أشْبَهَ ذلك ، فهذا يَصْرِفُه إلى قَوْسِ النَّدْفِ . وإن قالَ : يَغْزُو به . خَرجَ منه قَوْسُ النَّدْفِ ، والبُنْدُقِ . وإن كان المُوصَى له نَدَّافًا لا عادةَ له بالرَّمى ، أو بُنْدُقانِيًّا لا عادةَ له بالرَّمْيِ بشيءٍ سِوَاه ، أو يَرْمِى بقَوْسٍ غيرِه لا[15] يَرْمِى بسِوَاهُ ، انْصَرَفتِ الوَصِيَّةُ إلى القَوْسِ الذى يَسْتعمِلُه عادةً ؛ لأنَّ ظاهرَ حالِ المُوصِى أنَّه قَصدَ نفعَه بما جرَتْ عادَتُه بالانْتِفاعِ به . وإن انْتَفتِ القَرائنُ ، فاختارَ أبو الخطَّابِ ، أنَّ له واحدًا مِن جميعِها بالقُرْعةِ ، أو ما يَختارُه الورثةُ ؛ لأنَّ اللَّفظَ يَتناوَلُ جميعَها . والصحيحُ أنَّ وَصيَّتَه لا تتناولُ قوسَ

(13) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/٣٠٨ . وابن ماجه ، فى : باب إعلان النكاح ، من النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦١١ ، والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٥ مختصرا .

(14) فى النسخ : « قوس » . وبمجرى : أن يوضع فى مجراه السهم ، فيخرج من المجرى .

(15) فى ا : « ولا » .

النَّدْفِ ، ولا البُنْدُقِ ، ولا الْعَرَبِيَّة فى بلدٍ لا عادةَ لهم بالرَّمى بها . وهذا مذهبُ الشَّافِعِىّ ، إلَّا أنه لم[16] يَذْكُرِ العَرَبِيَّةَ ، ويكونُ له واحدٌ ممَّا / عدا هذه ؛ لأنَّ هذه لا يُطْلَقُ عليها اسمُ القَوْسِ فى العادةِ بينَ غيرِ أهلِها حتى يَصِفَها ، فيَقولَ : قَوْسُ القُطنِ ، أو النَّدْفِ ، أو قَوْسُ البُنْدُقِ . وأمَّا العَرَبِيَّةُ فلا يَتعارفُها غيرُ طائفةٍ من العرب ، فلا يَخْطُرُ ببالِ المُوصِى غالبًا . ويُعْطَى القَوْسَ مَعْمُولةً[17] ؛ لأنَّها لا تُسَمَّى قَوْسًا إلَّا كذلك . ولا يَسْتَحِقُّ وَتَرَها ؛ لأنَّ الاسْمَ يَقعُ عليها دُونَه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يُعْطاها بوَتَرِها ؛ لأنَّها لا يُنْتَفعُ بها إلَّا به ، فكانَ كجُزْءٍ من أَجْزائِها .

٧٥/٦ و

فصل : وإن وصَّى له بعُودٍ ، وله عُودُ لَهْوٍ وغيرِه ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ؛ لأنَّ إطْلاقَها يَنْصَرِفُ إلى عُودِ اللَّهْوِ ، ولا تَصِحُّ[18] الوَصِيَّةُ به لعَدَمِ النَّفْعِ المُباحِ فيه . وإن لم يَكُنْ له إلَّا عِيدانُ قِسِىٍّ ، أو عودٌ يُتبخَّر به ، أو غيرُه من العِيدانِ المُباحةِ ، صحَّتِ الوَصِيَّةُ ، وانْصَرفَتْ إليها ؛ لعَدمِ غيرِها ، وتعيُّنِها مع إبَاحتِها . وإن وصَّى له بجَرَّةٍ فيها خمرٌ ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بالجَرَّةِ ، وبطلَت فى الخمرِ ؛ لأنَّ فى الجَرَّةِ نَفْعًا مُباحًا ، والخمرُ لا نَفْعَ فيه مباحٌ ، فصحَّتِ الوَصِيَّةُ بما فيه الْمَنفعةُ المُباحةُ ، كما لو وصَّى له بخمرٍ وخَلٍّ . وإن وصَّى له بخَمْرٍ فى جرَّةٍ ، لم تصِحَّ ؛ لأنَّ الذى أضافَ الوَصِيَّةَ إليه الخمرُ ، ولا تصِحُّ الوَصِيَّةُ به .

٩٩٠ ــ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِشَىْءٍ بِعَيْنِهِ ، فَتَلِفَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِى ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى لَهُ شَىْءٌ . وَإِنْ تَلِفَ الْمَالُ كُلُّهُ إِلَّا الْمُوصَى بِهِ ، فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ)

أجمَعَ أهلُ العلمِ ممَّن عَلِمْنا قولَه ، على أنَّ الموصَى به إذا تلِفَ قبلَ مَوْتِ المُوصِى أو

---

(١٦) فى م : « لا » .

(١٧) فى م زيادة : « بها » .

(١٨) فى م : « تصلح » .

بعدَه ، فلا شيءَ للمُوصَى له . كذلك حكاه ابنُ المُنْذِرِ ، فقال : أَجمعَ مَن أحْفَظُ عنه مِن أهلِ العِلمِ ، على أنَّ الرَّجلَ إذا أُوصِىَ له بشَىْءٍ ، فهلَكَ ذلك الشَّىْءُ ، أنْ لا شىءَ له فى سائرِ مالِ الميِّتِ ، وذلك لأنَّ المُوصَى له إنَّما يَسْتَحِقُّ بالوَصِيَّةِ لا غيرُ ، وقد تعلَّقتْ بمُعَيَّنٍ ، وقد ذهبَ ، فذهبَ حقُّه ، كما لو / تَلِفَ فى يدِه ، والتَّرِكَةُ فى يَدِ الوَرثةِ غيرُ مَضْمونَةٍ عليهم ؛ لأنَّها حصلَتْ فى أيْدِيهم بغَيرِ فِعْلِهم ، ولا تَفْرِيطِهم ، فلم يَضْمَنُوا شيئًا . وإن تلِفَ المالُ كلُّه سِوَاهُ فهو للمُوصَى له ؛ لأنَّ حَقَّ[1] الوَرَثةِ لم يتعلَّقْ به لتَعْيِينِه للمُوصَى له ، وذلك يَمْلِكُ أخذَه بغيرِ رِضَاهم وإذْنِهم ، فكان حقُّه فيه دونَ سائرِ المالِ ، وحقوقُهم فى سائرِ المالِ دونَه ، فأيُّهما تَلِفَ حقُّه لم يشارِكِ الآخَرَ فى حقِّه ، كما لو كانَ التَّلَفُ بعدَ أن أخذَه المُوصَى له وقَبَضَه ، وكالورثةِ إذا اقْتَسمُوا ، ثم تَلِفَ نَصيبُ أحدِهم . قالَ أحمدُ ، فى مَن خَلَّفَ مِائتَىْ دِينارٍ وعبدًا قيمتُه مِائةٌ ، ووصَّى لرجلٍ بالعَبْدِ ، فسُرِقَتِ الدَّنانيرُ بعدَ الموتِ : فالعَبْدُ للمُوصَى له به .

فصل : وإنْ وَصَّى له بمُعَيَّنٍ ، فاستُحِقَّ بعضُه أو هلَكَ ، فله ما بَقِىَ منه ، إن حَمَلَه الثُّلُثُ ، وإن وَصَّى له بثُلُثِ عبدٍ أو ثُلُثِ دارٍ ، فاسْتُحِقَّ الثُّلُثان منه ، فالثُّلُثُ الباق للمُوصَى له . وهو قولُ الشَّافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الباقىَ كلَّه مُوصًى به ، وقد خرَجَ من الثُّلُثِ ، فاستَحَقَّه المُوصَى له ، كما لو كان شيئًا مُعَيَّنًا . وإن وَصَّى له بثُلُثِ[2] ثلاثةِ أعْبُدٍ ، فهلَكَ عَبْدان ، أو استُحِقَّا ، فليس له إلَّا ثُلُثُ الباق . وبه قال الشَّافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه لم يُوصِ له من الباقى بأكثرَ من ثلاثةٍ ، وقد شَرَّكَ بينه وبينَ وَرَثتِه فى اسْتِحْقاقِه .

٩٩١ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أُوْصَى لَهُ بِشَىْءٍ فَلَمْ يَأْخُذْهُ زَمَانًا ، قُوِّمَ وَقْتَ الْمَوْتِ ، لَا وَقْتَ الْأَخْذِ)

وجملتُه أنَّ الاعتبارَ فى قيمةِ المُوصَى به وخُروجِها من الثُّلُثِ ، أو عَدَمِ خُروجِها ،

---

(١) فى الأصل ، ا : « حقوق » .

(٢) سقط من : م .

بحالةِ الموتِ ؛ لأنَّها حالُ لُزومِ الوَصِيَّةِ ، فتُعْتَبَرُ قيمةُ المالِ فيها . وهو قولُ الشَّافعيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . ولا أعلمُ فيه خِلافًا . فيُنْظَرُ ؛ فإن كانَ المُوصَى به وقتَ الموتِ ثُلُثَ التَّرِكةِ ، أو دُونَه ، نفذَتِ الوَصِيَّةُ ، واسْتحقَّه المُوصَى له كلَّه . فإن زادَتْ قِيمتُه حتى صارَ مُعادِلًا لسائرِ المالِ ، أو أكثرَ منه ، أو هلَكَ المالُ كلُّه سِوَاهُ ، فهو للمُوصَى له ، لا شيءَ للوَرثةِ فيه . /وإن كانَ حينَ الموتِ زائدًا عن الثُّلُثِ ، فللمُوصَى له منه قَدْرُ ثُلُثِ المالِ . فإن كان نصفَ المالِ ، فلِلْمُوصَى له ثُلُثاه . وإن كانَ ثُلُثَيْه ، فللمُوصَى له نِصْفُه . وإن كانَ نِصْفَ المالِ وثُلُثَه[1] ، فللمُوصَى له خُمُساه . فإن نقصَ بعدَ ذلك أو زادَ ، أو نقصَ سائرُ المالِ أو زادَ ، فليس للمُوصَى له سِوَى ما كانَ له حينَ الموتِ . فلو وَصَّى بعَبْدٍ قيمتُه مِائةٌ ، وله مِائتان ، فزادَتْ قِيمتُه بعدَ الموتِ حتَّى صارَ يُساوِى مِائتينِ ، فهو للمُوصَى له كلُّه . وإن كانت قيمتُه حينَ الموتِ مائتينِ ، للمُوصَى له ثُلُثاه ؛ لأنَّهما ثُلُثُ المالِ . فإن نقَصَتْ قيمتُه بعدَ الموتِ حتى صارَ يُساوِى مِائةً ، لم يَزِدْ حقُّ المُوصَى له عن ثُلُثِه[2] شيئًا ، إلَّا أن يُجيزَ الوَرثةُ . وإن كانت قيمتُه أربعَمائةٍ ، فللمُوصَى له نصفُه ، لا يُزادُ حقُّه عن ذلك ، سَواءٌ نقصَ العبدُ أو زادَ ، أو نقصَ المالُ أو زادَ .

٧٦/٦ و

فصل : والعَطايا فى مَرَضِه يُعْتَبَرُ خُروجُها مِن الثُّلُثِ حينَ الموتِ . نَقَلَ صالحُ بنُ أحمدَ عن أبيه ، فى مَن له ألفُ دِرهمٍ ، وعبدٌ قِيمتُه ألفٌ ، فأَعتقَ العبدَ فى مرضِ مَوتِه ، وأنْفَقَ الدَّراهمَ : عتَقَ مِن العبدِ ثُلُثُه . فاعْتَبَر مالَه حينَ الموتِ من العَبدِ لا فيما قبلَه ، فلمَّا لم يكُنْ له حينَ الموتِ إلَّا العبدُ ، لم يَعْتِقْ منه إلَّا ثُلُثُه ، ولو لم يَتْلَفِ الألْفُ ، لَعَتَقَ منه ثُلُثاه . ولو زادَ مالُه قبلَ موتِه حتى بلغَ ألْفَيْن ، لَعَتَقَ العبدُ كلُّه لخُروجِه من

---

(١) فى م : « وبثلثه » .

(٢) فى ا : « ثلثيه » .

الثُّلُثِ . وإن كسَبَ العبدُ شيئًا ، كان كسْبُه بينَه وبينَ الوَرَثةِ ، على قَدْرِ مافيه مِن الحُرِّيَّةِ والرِّقِّ ، ويدخلُه الدَّورُ . وقد ذكرنا ذلك فيما مضَى . وإن تلف من التَّرِكةِ شيءٌ بفِعلٍ مَضْمونٍ على الوَرثةِ ، حُسِبَ عليهم من التَّرِكةِ .

فصل : وإن وصَّى بمُعَيَّنٍ حاضِرٍ ، وسائرُ مالِه دينٌ أو غائبٌ ، فليس للوَصِيِّ أخْذُ الْمُعَيَّنِ قبلَ قُدومِ الغائبِ أو اسْتِيفاءِ الدَّينِ ؛ لأنَّه ربما تَلِف ، فلا تَنْفُذُ الوَصِيَّةُ فى المُعَيَّنِ كلِّه . وظاهرُ كَلامِ الْخِرَقِيِّ / أنَّ للوَصِيِّ ثُلُثَ المُعَيَّنِ . ذكَرَه فى المُدَبَّرِ . وقيلَ : لا يُدْفَعُ إليه شيءٌ ؛ لأنَّ الوَرثةَ شركاؤُه فى التَّرِكةِ ، فلا يَحْصُلُ له شيءٌ ما لم يَحْصُلْ للوَرثةِ مِثْلَاهُ[3] ، ولم يَحْصُلْ لهم شيءٌ . وهذا وَجْهٌ لأصْحابِ الشَّافِعِيِّ . والصحيحُ أنَّ له الثُّلُثَ ؛ لأنَّ حقَّه فيه مُسْتقِرٌّ ، فوجبَ تَسليمُه إليه ، لعَدَمِ الفائدةِ فى وَقْفِه ، كما لو لم يُخْلِف غيرَ المُعَيَّنِ . ولأنَّه لو تلِفَ سائرُ المالِ ، لَوَجبَ تسْليمُ ثُلُثِ المُعَيَّنِ إلى الوَصِيِّ ، وليس تَلَفُ المالِ سببًا لاسْتِحْقاقِ الوَصِيَّةِ وتَسْليمِها ، ولا يَمْنَعُ نُفوذَ الوَصِيَّةِ فى الثُّلُثِ الْمُسْتَقِرِّ ، وإن لم يَنْتَفِعِ الورثةُ بشىْءٍ ، كما لو أبْرَأَ مُعْسِرًا من دَيْنٍ عليه . وقال مالكٌ : يُخيَّرُ الوَرثةُ بين دَفْعِ العَيْنِ المُوصَى بها ، وبين جَعْلِ وَصِيَّتِه بثُلُثِ المالِ ؛ لأنَّ المُوصِىَ كان له أن يُوصِىَ بثُلُثِ مالِه ، فعدَلَ إلى الْمُعَيَّنِ . وليس له ذلك ؛ لأنَّه يُؤدِّى إلى أن يأْخُذَ المُوصَى له الْمُعَيَّنَ ، فيَنْفرِدَ بالتَّرِكةِ على تَقْديرِ تَلَفِ الباقى قبلَ وُصولِه إلى الوَرثةِ ، فيُقالُ للورثةِ : إن رَضِيتُم بذلك ، وإلَّا فعُودوا إلى ما كانَ له أن يُوصِىَ به ، وهو الثُّلُثُ . ولَنا ، أنَّه أوْصَى بما لا يَزِيدُ على الثُلثِ لأجْنبِيٍّ ، فوقعَ لازمًا ، كما لو وصَّى له بمُشاعٍ . وما قالَه لا يصحُّ ؛ لأنَّ جَعْلَ حَقِّه فى قَدْرِ الثُّلثِ إشاعةٌ ، وإبطالٌ لما عيَّنَه ، فلا يجوزُ إسْقاطُ ما عيَّنَه المُوصِى للمُوصَى له ، ونَقْلُ حقِّه إلى ما لم يُوصِ به ، كما لو وَصَّى له بمُشاعٍ ، لم يَجُزْ نَقلُه إلى مُعيَّنٍ ، وكما لو كانَ المالُ كلُّه حاضرًا أو غائبًا . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ للمُوصَى له ثُلُثَ المُعَيَّنِ الحاضِرِ ، وكلَّما اقْتُضِىَ من دَيْنِه شيءٌ أو حَضَرَ

٧٦/٦ ظ

(٣) فى م : « مثله » .

من الغائبِ شيءٌ ، فللْمُوصَى له بقَدْرِ ثُلُثِه من المُوصَى به ، كذلك حتى يَكمُلَ للمُوصَى له الثلثُ ، أو يَأْخُذَ المُعَيَّنَ كلَّه . فلو خلَّفَ تسعةً عينًا ، وعشرين دَيْنًا ، وابنا ، ووَصَّى بالتِّسعةِ لرجلٍ ، فللْوَصِيِّ ثلثُها ثلاثةٌ ، وكلَّما اقْتُضِيَ من الدَّينِ شيءٌ فللوَصيِّ ثُلُثُه ، فإذا اقْتُضِيَ ثُلُثُه فله من/ التِّسعةِ واحدٌ ، حتى يُقْتَضَى ثمانيةَ عشرَ ، فيَكْمُلُ له التِّسعةُ . ٧٧/٦ و

وإن جحَدَ الغَرِيمُ ، أو ماتَ ، أو يَئِسَ من اسْتِيفاءِ الدَّينِ ، أخذَ الورثةُ السِّتَّةَ الباقيةَ مِن الْعَيْنِ . ولو كانَ الدَّيْنُ تِسعةً ، فإنَّ الابنَ يأخذُ ثُلثَ العَيْنِ ، ويأْخذُ الوَصِيُّ ثُلُثَها ، ويَبْقَى ثُلُثُها مَوْقوفًا ، كلَّما اسْتُوفِيَ من الدَّيْنِ شيءٌ فللْوَصِيِّ مِن العينِ قَدْرُ ثُلُثِه ، فإذا اسْتُوفِيَ الدينُ كلُّه ، كُمِّلَ للمُوصَى له سِتَّةٌ ، وهي ثُلُثُ الجميعِ . وإن كانتِ الوَصِيَّةُ بِنصْفِ العَيْنِ ، أخذَ الوَصِيُّ ثُلُثَها ، وأخذَ الابنُ نِصْفَها ، وبَقِيَ سُدُسُها مَوْقوفًا ، فمتى اقْتَضَى من الدَّيْنِ مِثْلَيْهِ ، كُمِّلَتِ الوَصِيَّةُ(٤) .

فصل : فإن كانَ الدَّيْنُ مثلَ العَيْنِ ، فوَصَّى لرجلٍ بثُلُثِه ، فلا شيءَ له قبلَ اسْتِيفَائِه(٥) ، فكلَّما اقْتُضِيَ منه شيءٌ فله ثُلُثُه ، وللابنِ ثُلُثاه . وهذا أحدُ قَوْلَيِ الشَّافعيِّ . وقال في الآخرِ : هو أحَقُّ بما يَخْرُجُ من الدَّيْنِ حتى يَسْتَوْفِيَ وَصِيَّتَه . وهذا قولُ أهلِ العِراقِ ؛ لأنَّ ذلك يَخْرُجُ من ثُلُثِ المالِ الحاضرِ . ولَنا ، أنَّ الوَرثةَ شركاؤُه في الدَّيْنِ ، وليس معهم شَرِكةٌ في العَيْنِ ، فلا يَختَصُّ بما خَرَجَ منه دونَهم ، كما لو كان شَرِيكُه في الدَّيْنِ وَصِيًّا آخَرَ ، أو كما لو وَصَّى لرجلٍ بالعَيْنِ ، وله ولآخَرَ بالدَّيْنِ ، فإنَّ المُنْفرِدَ بوَصِيَّةِ الدَّيْنِ لا يَختَصُّ بما خَرَجَ منه له(٦) دونَ صاحِبِه ، كذا هٰهُنا .

فصل : ولو وصَّى لرَجلٍ بثُلُثِ مالِه ، وله مائتان دَيْنًا ، وعبدٌ يُساوِي مائةً ، ووَصَّى لآخَرَ بثُلُثِ العبدِ ، اقتسَما ثُلُثَ العبدِ نِصْفَين ، وكلَّما اقْتُضِيَ من الدَّيْنِ شيءٌ ، فللْمُوصَى له بثُلُثِ المالِ رُبْعُه ، وله وللآخَرِ مِن العبدِ بقَدْرِ رُبْعِ ما اسْتُوفِيَ بينهما

---

(٤) في الأصل ، ا : « وصيته » .

(٥) في م : « استيفاء الوصية » .

(٦) سقط من : الأصل ، ا .

نِصْفَين . فإذا استُوفِيَ الدَّينُ كلُّه كُمِّلَ للوَصِيِّ نصفُ العَبدِ . ولصاحِبِ الثُّلثِ رُبْعُ المائتين ، وذلك هو ثُلُثُ المالِ . وإن استُوفِيَ الدَّيْنُ قبلَ القِسْمةِ قُسِمَا[7] بينَهما كذلك ، للمُوصَى له بالثُّلثِ رُبْعُ المائتين ورُبْعُ العبدِ ، وللمُوصَى له بثُلُثِ العبدِ رُبْعُه ؛ لأنَّ الوَصِيَّتَيْن أربعةُ أتْساعِ المالِ ، والجائزُ منهما ثُلُثُ المالِ ، / وهو ثلاثةُ أتْساعٍ ، وذلك ثلاثةُ أرْباعِ وَصِيَّتِهما ، فرَدَدْنا كلَّ واحدٍ منهما إلى ثلاثةِ أرباعِ وَصِيَّتِه ، وهى رُبْعُ المالِ كُلِّه لصاحبِ ثُلُثِه ، ورُبْعُ العبدِ لصاحبِ ثُلُثِه . وفى المسألةِ أقوالٌ سِوَى ما قُلْناه ، تَرَكْناها لِطُولِها ، وهذا أسَدُّها ، إن شاء اللهُ ؛ لأنَّنا[8] أدْخلنا النَّقصَ على كلِّ واحدٍ منهما بقَدْرِ مالَه فى الوَصِيَّةِ ، وكمَّلنا لهما الثُّلُثَ ، وإن أُجِيزَ لهما أخَذَ كلُّ واحدٍ منهما ما بَقِىَ من وَصِيَّتِه ، وهو رُبْعُها ، فيُكَمَّلُ ثُلُثُ المالِ لصاحبِه ، وثُلُثُ العبدِ للآخرِ .

٧٧/٦ ظ

فصل : وإن خَلَّف[9] ابنيْنِ ، وتركَ عَشْرةً عَيْنًا ، وعشرةً دَيْنًا على أحدِ ابْنيْهِ ، وهو مُعْسِرٌ ، ووَصَّى لأجْنَبِىٍّ بثُلُثِ مالِه ، فإنَّ الوَصِىَّ والابنَ الذى لا دَيْنَ عليه يقْتسمانِ العشرةَ العَيْنَ نِصْفَين ، ويَسْقُطُ عن الْمَدِينِ ثُلُثا دَيْنِه ، ويَبْقَى لهما عليه ثُلُثُه ، فإن كانتِ الوَصِيَّةُ بالرُّبْعِ ، قُسِمَتِ العشرةُ العَيْنُ بينهما أخماسًا ، للمُوصَى خُمْساها أربعةٌ ، وللابنِ سِتَّةٌ ، وسقَطَ عن الْمَدِينِ ثلاثةُ أرْباعِ دَيْنِه ، وبَقِىَ عليه رُبْعُه ، فإذا استُوفِىَ قُسِمَ بينهما أخماسًا ، كما قُسِمَ العَيْنُ ؛ لأنَّ الوَصِيَّةَ بالرُّبْعِ ، وهو ثُمُنان ، ويَبْقَى سِتَّةُ أثْمانٍ ، لكلِّ ابنٍ ثلاثةُ أثْمانٍ ، فصارَ نَصِيبُ الوَصِىِّ والابنِ الذى لا دَيْنَ عليه خمسةَ أثْمانٍ ، للابنِ ثلاثةٌ ، وللوَصِىِّ سَهْمان ، فلذلك قَسَمْنا العَيْنَ وما حصَلَ لهما من الدَّيْنِ بينهما أخماسًا ، وسقَطَ عن الْمَدِينِ ثلاثةُ أرْباعِ ما عليه ؛ لأنَّ[10] له ثلاثةُ أثْمانٍ ، وهى ثلاثةُ أرْباعِ النِّصْفِ الذى عليه .

---

(7) فى م : « قسمنا » .

(8) فى م : « إلا أننا » .

(9) فى م : « خالف » .

(10) فى م : « لأنه » .

فصل : ونَماءُ العَيْنِ المُوصَى بها إن كان مُتَّصِلًا كالسِّمَنِ ، وتَعْليم صَنْعةٍ ، فهو تابعٌ للعَيْنِ ، ويكونُ للمُوصَى له إذا احْتَمَلَه الثُّلُثُ . وإن كانَ مُنْفَصِلًا ، كالوَلَدِ والثَّمرةِ فى حَياةِ المُوصِى ، فهو له ، يَصِيرُ إلى وَرثَتِه ؛ لأنَّه نَماءُ[11] مِلْكِه . وما حدَثَ بعدَ الموتِ وقبلَ القَبُولِ ، فيَنْبَنِى على المِلكِ فى المُوصَى له[12] . والصَّحيحُ أنَّه للوَرَثَةِ . والآخَرُ هو للمُوصَى له ، فيكونُ النَّماءُ لمَن المِلْكُ له .

٧٨/٦ و

٩٩٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَوْصَى / بِوَصَايَا فِيهَا عَتَاقَةٌ ، فَلَمْ يَفِ الثُّلُثُ بِالْكُلِّ ، تَحَاصُّوا فِى الثُّلُثِ ، وَأُدْخِلَ النَّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ[1] بِقَدرِ مَالَهُ فِى الْوَصِيَّةِ)

أمَّا إذا خَلَتِ الوَصايا مِن العِتْقِ ، وتَجاوَزَتِ الثُّلُثَ ، ورَدَّ الوَرثةُ الزِّيادةَ ، فإنَّ الثُّلُثَ يُقْسَمُ بينَ المُوصَى لهم على قَدْرِ وَصاياهم ، ويَدْخُلُ النَّقْصُ على كلِّ واحدٍ بقَدْرِ مالَه مِن[2] الوَصِيَّةِ على مِثالِ مَسائلِ العَوْلِ إذا زَادتِ الفُروضُ عن المالِ . فلو وَصَّى لرَجلٍ بثُلُثِ مالِه ، ولِآخَرَ بمائةٍ ، ولِآخَرَ بمُعيَّنٍ قِيمتُه خمسون ، ووَصَّى بفِداءِ أسِيرٍ بثَلاثين ، ولِعِمارَةِ مَسجدٍ بعِشرين ، وثُلُثُ مالِه مائةٌ ، جَمَعْتَ الوَصايا كلَّها فوجَدتَها ثلاثَمائةٍ ، ونَسَبْتَ منها الثُّلُثَ ، فتَجِدُه ثُلثَها ، فتُعْطِى كلَّ واحدٍ منهم ثُلُثَ وَصِيَّتِه ، فلصَاحِبِ الثُّلُثِ ثُلُثُ المِائةِ ، وكذلك لِصاحِبِ المائةِ ، ويَرْجِعُ صاحبُ الخَمسين إلى ثُلُثِها ، ولفِدَاءِ الأسيرِ عَشرةٌ ، ولِعِمارةِ المسجدِ سِتَّةٌ ، وثلثان . فأمَّا إن كانَ فيها عِتْقٌ ، فعَن أحمدَ فيها روايتان ؛ إحدَاهما ، أن[3] يقَسَّمَ الثُّلُثُ بين جميعِ الوَصايا العِتْقُ[4] وغيرُه سَواءٌ ، ويُقسَّم بينَهم على ما ذكَرْنا . وهذا قول ابنِ سِيرِينَ ، والشَّعبىِّ ، وأبى ثَورٍ ؛ لأنَّهم تَساوَوْا فى سَبَبِ الاسْتِحقاقِ ، فتَساوَوْا فيه كسَائرِ الوَصايا . والرِّوايةُ الثانية ، يُقدَّمُ العِتْقُ ويُبدأُ به ، فإنْ فضَلَ منه شىءٌ ، قُسِّمَ بينَ سائرِ أهلِ الوَصَايا على قَدْرِ وَصايَاهم . رُوِىَ هذا عن عمرَ ، وبه قال[5] شُرَيْحٌ ،

---

(١١) سقط من : م .
(١٢) هكذا فى النسخ . والظاهر أنها : « به » .
(١) سقط من : ا .
(٢) فى ا : « فى » .
(٣) فى الأصل : « أنه » .
(٤) فى م : « بالعتق » .
(٥) فى م : « يقول » .

ومَسْروقٌ ، وعَطاءٌ الخُراسانىُّ[٦] ، وقَتادةُ ، والزُّهْرىُّ ، ومالِكٌ ، والثَّورىُّ ، وإسحاقُ ؛ لأنَّ فيه حَقًّا للهِ تَعالى ، وحقًّا لآدمىٍّ ، فكانَ آكَدَ ، ولأنَّه لا يَلْحَقُه فَسْخٌ ، ويَلْحَقُ غيرَه ذلك ، ولأنَّه أقْوَى بدَليلِ سِرايتِه ونُفوذِه مِن الرَّاهِنِ والمُفْلِسِ . ورُوِىَ عن الحسنِ ، والشَّافِعىِّ كالرِّوايتيْنِ .

فصل : والعَطايا المعلَّقةُ بالموتِ ، كقَولِه : إذا مِتُّ فأعْطُوا فُلانًا كذا . أو أَعْتِقُوا فُلانًا . ونحوَه ، وصَايَا حُكْمُها حُكْمُ غَيرِها مِن الوَصايا / فى التَّسْوِيةِ بينَ مُقدَّمِها ومُؤَخَّرِها . والخِلافِ فى تَقْديمِ العِتْقِ منها ، بخلافِ العَطايا المُنْجَزَةِ ، فإنَّه يُقدَّمُ الأوَّلُ منها فالأوَّلُ ؛ لأنَّها تَلْزَمُ بالفِعلِ ، والمُؤَخَّرةُ تَلْزَمُ بالموتِ ، فتَتَساوَى كلُّها .

٦/٧٨ ظ

فصل : وإذا أوْصَى بعِتْقِ عَبدِه ، لَزِمَ الوارِثَ إعْتاقُه . فإنْ أبَى أجْبَرَه الحاكمُ عليه ؛ لأنَّه حقٌّ واجِبٌ[٧] عليه ، فأُجْبِرَ عليه ، كتَنْفيذِ الوَصِيَّةِ بالعَطِيَّةِ ، فإن أعتقَه الوارثُ أو الحاكمُ ، فهو حُرٌّ من حينَ أعْتقَه ؛ لأنَّه حينَئذٍ عَتَقَ ، ووَلاؤُه للمُوصِى ؛ لأنَّه السَّبَبُ ، وهؤلاءِ نُوَّابٌ عنه ، ولهذا لزِمَهم إعْتاقُه كُرْهًا . وإن كانَتِ الوَصيةُ بعِتْقِه إلى غيرِ الوارِثِ ، كان الإعْتاقُ إليه ؛ لأنَّه نائبُ المُوصِى فى إعْتاقِه ، فلم يَمْلِكْ ذلك غيرُه إذا لم يَمْتَنِعْ منه ، كالوَكيلِ فى الحياةِ .

٩٩٣ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَوْصَى بِفَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللهِ ، وَأَلْفِ دِرْهَمٍ تُنْفَقُ عَلَيْهِ ، فَمَاتَ الْفَرَسُ ، كَانَتِ الْأَلْفُ لِلْوَرَثَةِ . وإنْ[١] أُنْفِقَ بَعْضُها ، رُدَّ الْبَاقِى إِلَى الْوَرَثَةِ)

إنَّما كانَ كذلك ؛ لأنَّه عيَّنَ للوَصِيَّةِ جِهةً ، فإذا فاتَتْ ، عادَ المُوصَى له إلى الوَرَثةِ ،

---

(٦) فى م : « والخراسانى » . وهو عطاء بن أبى مسلم الخراسانى ، فقيه خراسان ، جوَّال ، توفى سنة خمس وثلاثين ومائة . طبقات الفقهاء للشيرازى ٩٣ . العبر ١/ ١٨٢ .

(٧) فى م : « وجب » .

(١) فى ا : « وكذلك إن » .

كما لو أوْصَى بشراءِ عبدِ زَيْدٍ يُعْتَق ، فماتَ العَبدُ ، أو لم يَبِعْه سَيِّدُه . وإن أُنْفِقَ بعضُ الدَّراهمِ ، ثم ماتَ الفرسُ ، بطَلَتِ الوَصِيَّةُ في الباقِ ، كما لو وَصَّى بشِراءِ عَبْدَيْنِ ، فماتَ أَحدُهما قبلَ شِرائِه . قالَ الأَثرمُ : سمِعتُ أبا عبدِ اللهِ يُسْأَلُ عن رجلٍ أوْصَى بألفِ دِرهمٍ فى السَّبِيلِ ، أَيُجْعَلُ فى الحجِّ منها شيءٌ[٢] ؟ فقالَ : لَا ، إنَّما يَعْرِفُ الناسُ السَّبِيلَ الغَزْوَ .

فصل : وإذَا قالَ : يَخْدِمُ عَبْدِى فُلانًا سَنَةً ، ثم هو حُرٌّ . صحَّتِ الوَصِيَّةُ ، فإن قالَ المُوصَىٰ له بالخِدمةِ : لَا أقبلُ الوَصِيَّةَ . أو قالَ : قد وَهَبْتُ الخِدمَةَ له . لم يَعْتِقْ فى الحالِ . وبهذا قالَ الشَّافعيُّ . وقالَ مالكٌ : إن وَهبَ الخِدمةَ للعَبْدِ ، عَتَقَ فى الحالِ . ولَنا ، أنَّه أَوقعَ العِتْقَ بعدَ مُضِىِّ السَّنةِ ، فلم يَقعْ قبلَه ، كما لو رَدَّ الوَصِيَّةَ .

٧٩/٦ و

فصل : وَإذَا أَوْصَى / لِعَمِّه بثُلُثِ مَالِهِ ، ولِخَالِه بعُشْرِهِ ، فرُدَّتْ وَصِيَّتُهما ، فَتَحاصَّا فى الثُّلُثِ ، فأَصابَ الخَالَ ستَّةٌ ، فاضْرِبِ الذِى أَصَابَه فى وَصِيَّتِهِ ، وَذلك سِتَّةٌ فِى عَشَرَةٍ ، تكُنْ سِتِّينَ ، وَاقْسِمْهُ على الفَاضِلِ بَيْنَهما ، يَخْرُجْ بِالْقَسْمِ خَمْسَةَ عشَرَ ، فهى الثُّلُثُ . وَإنْ شِئْتَ قُلْتَ : قد أَصابَ الخالَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ وَصِيَّتِه[٣] ، يَبْقَى من الثُّلُثِ خُمُسَاهُ ، وهِىَ تَعْدِلُ مَا أَصَابَ الْخَالَ ، فزِدْ على ما أصَابَ الْخَالَ مِثْلَ نِصْفِهِ ، وهو ثُلُثُهُ ، يَصِرْ تِسْعَةً ، فهى[٤] الَّذى[٥] أَصابَ العَمَّ . وَإنْ قال : أَصَابَ الْعَمَّ الرُّبُعُ ، فقد أَصابَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ وَصِيَّتِهِ ، وبَقِىَ مِن الثُّلُثِ نِصْفُ سُدُسٍ ، يَعْدِلُ ثلاثَةَ أَرْبَاعِ وَصِيَّةِ الْخَالِ ، وذلك سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ ، وَلِلْعَمِّ ثلاثةُ أَمْثَالِها ، اثنانِ وعشرونَ وَنِصْفٌ ، وَالْمَالُ كُلُّهُ تسْعونَ . وَإنْ قال : أصابَ الخالَ خُمُسُ الْمَالِ ، فقد بَقِىَ مِنَ الثُّلُثِ خُمُسَاه لِلْعَمِّ ، فيكُونُ الْحَاصِلُ لِلْخَالِ خُمُسَا وَصِيَّتِهِ أيضا . وذلك أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ ،

---

(٢) سقط من : ا .

(٣) فى ا زيادة : « يجب أن يصيب العم بثلاثة أخماس وصيته » .

(٤) فى الأصل : « فهو » .

(٥) فى ا ، م : « للذى » .

ووَصِيَّةُ العَمِّ مِثْل ثلثَيْهَا ، ديناراَنِ وَثُلثَانِ، وَالثُّلثُ كُلُّهُ سِتَّةٌ وَثُلثَانِ، والمالُ كلُّه[٦] عشرون . فإنْ كان معهما وَصِيَّةٌ بِسُدسِ المالِ ، وأصابَ الخالَ سِتَّةٌ ، فهى ثلاثةُ أَخْمَاسِ وَصِيَّتِهِ ، فلِكُلِّ وَاحِدٍ من الآخَرِينَ ثلاثةُ أَخْماسِ وَصِيَّته ، وذلك تسعةُ أعْشارِ الثُّلُثِ ، يَبْقَى منه عُشرٌ[٧] تَعدِلُ ما حصلَ للعَمِّ[٨] وهو سِتَّةٌ ، والثُّلثُ سِتُّونَ . وإن أصابَ صاحبَ السُّدُسِ عُشرُ المالِ ، فقد أصابَ صاحبَ الثُّلُثِ خمسُه ، يَبْقَى من الثُّلُثِ أيضًا عُشْرُه ، فهو وصيَّةُ الخالِ ، وذلك ثلاثةُ أَخْماسِ وَصِيَّته سِتَّةٌ ، فيكونُ الثُّلُثُ سِتِّين كما ذكرْنا . نوع آخر ، خلّفَ ثلاثةَ بَنِينٍ ، ووَصَّى لعمِّه بمِثلِ نَصيبِ أحدِهم إلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ خالِه ، ولخالِه بمثْلِ نَصيبِ أَحدِهم إلَّا رُبْعَ وصيَّةِ عمِّه ، فاضرِبْ مَخْرَجَ الثُّلُثِ فى مَخْرَجِ الرُّبعِ ، يكُنِ اثْنَىْ عشرَ ، انقُصْها سَهمًا ، يَبْقَى أحدَ عشرَ ، فهى نصيبُ ابنٍ ، انقُصْها سَهْمَين ، يَبْقَى تسعةٌ ، فهى وَصِيَّةُ الخالِ . وإن نقصتَها / ثلاثةً ، بَقِىَ ثمانيةٌ ، فهى وَصِيَّةُ العمِّ . وبالْجَبْرِ تَجْعَلُ مع العَمِّ أربعةَ دراهم ، ومع الخالِ ثلاثةَ دنانيرَ ، ثم تَزِيدُ على الدَّراهمِ دِينارًا ، وعلى الدنانيرِ دِرهمًا ، يبْلغُ كلُّ واحدٍ منهما نصيبًا ، اجْبُرْ ، وقابِلْ ، وأسْقِطْ المُشْتَركَ ، يَبْقَى معك ديناران ، تَعْدِلُ ثلاثةَ دراهمَ ، فاقْلِبْ وحَوِّلْ ، تَصِرِ الدَّراهمُ ثمانيةً ، والدَّنانيرُ تِسعةً ، كما قلنا . وإن أوْصَى لعمِّه بعَشَرةٍ إلَّا ربْعَ وَصِيَّةِ خالِه ، ولخَالِه بعَشَرةٍ إلَّا خُمْسَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَاضْرِبْ مَخْرَجَ الرُّبُعِ فِى مَخْرَجِ الْخُمُسِ ، يكُنْ عشرينَ ، انْقُصْهَا سَهْمًا ، تكُنْ تِسْعَةَ عَشَرَ ، فهى الْمَقْسُومُ عليه ، ثُم اجْعَلْ مع الْخَالِ أَرْبَعَةً ، وَانْقُصْهَا سَهْمًا ، يَبْقَى ثلاثةٌ ، اضْرِبْهَا فى الْعَشَرَةِ ، ثم فيما مع الْعَمِّ ، وهو خَمْسَةٌ ، يَكُنْ مِائَةً وَخمسِينَ ، اقْسِمْهَا على تِسْعَةَ عَشَرَ ، يَخْرُجْ سَبْعَةٌ وسَبْعَةَ عَشَرَ جُزْءًا مِن تِسْعَةَ عَشَرَ ، فهى وَصِيَّةُ عَمِّهِ ، وَاجْعَلْ مع

٦/٧٩ ظ

---

(٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٧) فى م : « عشرة » .

(٨) فى ا : « للخال » .

الْعَمِّ خمْسَةً ، وانْقُصهَا سَهْمًا ، واضْرِبْهَا فى عَشَرَةٍ ، ثم فى أَرْبَعَةٍ ، تكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ، واقْسِمْهَا ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، فهى وَصِيَّةُ خَالِهِ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَنْقُصُ من الْعَشَرَةِ رُبعَهَا ، وتَضْرِبُ الْبَاقِىَ فى الْعِشْرِينَ ، ثم تَقْسِمُهَا على تِسْعَةَ عشَرَ ، وتَنْقُصُ منها خُمُسَهَا ، وتَضْرِبُ الْبَاقِىَ فى عِشْرِينَ ، وتَقْسِمُهَا ، وبِالْجَبْرِ ، تَجْعَلُ وَصِيَّةَ الْخَالِ شيئًا[9] ، ووَصِيَّةَ الْعَمِّ عَشَرَةً إلَّا رُبْعَ شَىءٍ ، فَخُذْ خُمُسَهَا ، فزِدْهُ على الشَّىءِ ، وهو سَهْمَانِ إلّا نِصْفَ عُشْرِ شَىْءٍ ، يَعْدِلُ عَشَرَةً ، فَأَسْقِطِ الْمُشْتَرَكَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، تَصِيرُ ثَمَانِيةً وثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، من تِسْعَةَ عَشَرَ ، إذا أَسْقَطْتَ رُبعَهَا مِنَ الْعَشْرَةِ ، بَقِيَتْ سَبْعَةٌ وَسَبْعَةَ عَشَرَ جُزْءًا . وإن وَصَّى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ إلَّا نِصْفَ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، ولِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ إلَّا ثُلُثَ وَصِيَّةِ جَدِّه ، وَلِجَدِّهِ بِعَشْرَةٍ إلَّا رُبعَ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، فَوَصِيَّةُ عَمِّهِ سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ، ووَصِيَّةُ خَالِهِ سَبْعَةٌ وَخُمسٌ ، وَوَصِيَّةُ جَدِّهِ ثَمَانِيَةٌ وَخُمُسَانِ ، وَبابها أَنْ تَضْرِبَ الْمَخَارِجَ بَعْضَهَا فى بعضٍ ، فتَضْرِبَ اثْنَيْنِ فِى ثَلاثَةٍ ، فِى أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ / أَرْبَعَةً وَعِشْرِينَ ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا تكُنْ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ، فهذا هو الْمَقْسُومُ عليه ، ثمَّ تَنْقُصُ مِنَ الاثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وتَضْرِبُ وَاحِدًا فى ثلاثَةٍ ، ثم تَزِيدُها وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فى أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، ثم اضْرِبْهَا فِى عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَسِتِّينَ ، واقْسِمْهَا على خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ يَخْرُجْ بِالْقَسْمِ سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ، فَهِى وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، وَانْقُصِ الثَّلاثَةَ وَاحِدًا يَبْقَى اثْنَانِ ، واضْرِبْهَا فِى الْأَرْبَعَةِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، زِدْهَا وَاحِدًا ، وَاضْرِبْهَا فِى اثْنَيْنِ ، ثم فِى عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وَثَمَانِينَ ، واقْسِمْهَا على خَمْسَةٍ وعشرينَ ، ثم انْقُصْ مِنَ الْأَرْبَعَةِ وَاحِدًا ، وَاضْرِبْ ثَلَاثَةً فى اثْنَيْنِ ، ثُم زِدْهَا وَاحِدًا تَكُنْ سَبْعَةً ، اضْرِبْهَا فِى ثلاثَةٍ ، ثم فِى عَشْرَةٍ ، تَكُنْ مِائتَيْنِ وَعَشَرَةً ، مَقْسُومَةً على خَمْسَةٍ وَعِشْرِينَ . طَرِيقٌ آخَرُ ، تَجْعَلُ مع الْعَمِّ أَرْبَعَةَ أشياءَ ، ومع الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، ومع الْجَدِّ ثلاثَةَ دَرَاهِمَ ، ثم تَضُمُّ إلى ما مع الْعَمِّ دِينَارًا ، وإلى[10] ما مع الْخَالِ دِرْهَمًا ، وتُقَابِلُ ما مع أَحَدِهما بما مع الْآخَرِ ، وتُسْقِطُ الْمُشْتَرَكَ ، فيَصِيرُ أَرْبَعَةَ أشياءَ ، تَعْدِلُ دِينَارًا ودِرْهَمًا ، فَأَسْقِطْ لَفْظَةَ

٨٠/٦ و

---

(٩) فى م : « ستة » .

(١٠) فى م : « أو إلى » .

الْأشياءِ ، وَاجْعَلْ مَكَانَهَا دِينَارًا ودِرْهَمًا[١١] ، ثم قَابِلْ ما مع الْخَالِ بِما مع الْجَدِّ بعدَ الزِّيَادَةِ ، وهو دِينَارَانِ ، ودِرْهَمٌ مَعَ الْخَالِ ، لثلاثةِ[١٢] دَراهِمَ ورُبْعُ دِرْهَمٍ ، وَرُبْعُ دِينَارٍ مع الْجَدِّ ، فَإِذا أَسْقَطْتَ الْمُشْتَرَكَ بَقِىَ دِرْهَمَانِ وَرُبْعٌ ، معَادِلَةٌ لِدِينَارٍ[١٣] ؛ وَثَلاثَةِ أَرْبَاعٍ ، فابْسُطِ الْكُلَّ أَرْبَاعًا ، تَصِرْ سَبْعَةَ أَرْبَاعٍ مِن الدِّينَارِ ، تَعْدِلُ تِسْعَةً مِن الدَّرَاهِمِ ، فاقْلِبْ ، وَاجْعَلِ[١٤] الدِّرْهَمَ[١٥] سَبْعَةً ، وَالدِّينَارَ تِسْعَةً ، ثم ارْجِعْ إِلَى ما فَرَضْتَ ، فتَجِدُ مع الْعَمِّ دِرْهَمًا ودِينَارًا بِستَّةَ عَشَرَ ، ومع الْخَالِ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ومع الْجَدِّ أَحَدٌ وعشرونَ ، والْعَشَرَةُ الْكَامِلَةُ خَمْسٌ وعشرونَ ، وَالسِّتَّةَ عَشَرَ مِنها سِتَّةٌ وَخُمُسَانِ ، وَالثَّمَانِيَةَ عَشَرَ سَبْعَةٌ وَخُمُسٌ ، والْأَحَدُ وعشرونَ ثَمَانِيَةٌ وَخُمُسَانِ ، فإِنْ كان معهمْ أَخٌ ، / وَوَصِيَّةُ الْجَدِّ عَشَرَةٌ إِلَّا رُبْعَ ما مع الْأَخِ ، ووَصِيَّةُ الْأَخِ عَشَرَةٌ إِلَّا خُمُسَ ما مع الْعَمِّ ، فبِهذه الطَّرِيقِ تَجْعَلُ مع الْعَمِّ خَمْسَةَ أشياءَ ، ومع الْخَالِ دِينَارَيْنِ ، ومع الْجَدِّ ثلاثةَ دَرَاهِمَ ، ومع الْأَخِ أَرْبَعَةَ أَفْلُسٍ ، ثم تُقَابِلُ ما مع الْعَمِّ بما مع الْخالِ كما ذَكَرْنا ، وتَجْعَلُ الْأَشياءَ دِينارًا ودِرْهَمًا ، ثم تُقَابِلُ ما مع الْخَالِ بما مع الْجَدِّ ، فتَجْعَلُ الدِّينَارَيْنِ دِرْهَمَيْنِ وفَلْسًا ، ثم تُقَابِلُ ما مع الْجَدِّ بما مع الْأَخِ ، فتُخْرِجُ الفَلْسَ سِتَّةً وعِشرِينَ ، والدِّرْهَمَ أَحَدًا وثلاثينَ ، والدِّينَارَ أَرْبَعَةً وَأَرْبَعِينَ ، فتَبَيَّنَ أَنَّ ما[١٦] مَعَ العَمِّ خَمْسَة وسبعون[١٧] ، ومع الْخَالِ ثَمَانِيَةٌ وثمانون[١٨] ، ومع الْجَدِّ ثلاثةٌ وتسْعونَ ، وَمعَ الْأَخِ مِائَةٌ وَأَرْبَعَةٌ ، إِذَا زِدْتَ عَلَى ما مع كُلِّ وَاحِدٍ ما اسْتَثْنَيْتَهُ منه ، صَارَ معه

٦/٨٠ ظ

---

(١١) فى م : « أو درهما » .
(١٢) فى م : « ثلاثة » .
(١٣) فى ا ، م : « للدينار » .
(١٤) فى ا : « وحول » .
(١٥) فى م : « الدراهم » .
(١٦) سقط من : الأصل ، م .
(١٧) فى النسخ : « وسبعين » .
(١٨) فى م : « وثمانين » .

مِائَةً وَتِسْعَ عَشْرَةَ ، وهِى الْعَشَرَةُ الْكَامِلَةُ ، فصارَتْ وَصِيَّةُ الْعَمِّ سِتَّةً وَسِتَّةً وثلاثِين جُزْءًا ، ووَصِيَّةُ الْخَالِ سَبْعَةً وَسَبْعَةً وأَرْبعين جُزْءًا ، ووَصِيَّةُ الْجَدِّ سَبْعَةً وَسَبْعَةً وتسعين جُزْءًا ، ووَصِيَّةُ الْأَخِ ثَمَانِيَةً وثَمَانِيَةً وثمانين جُزْءًا . وَبطَرِيقِ الباب ، تَضْرِبُ الْمَخَارِجَ بَعْضَهَا فِى بَعْضٍ ، تَكُنْ مِائَةً وعشرين ، تَنْقُصُهَا واحِدًا ، يَبْقَى مِائَةٌ وَتِسْعَةَ عَشَرَ ، فهذا الْمَقْسُومُ عليه ، ثم تَنْقُصُ الاثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهُ فِى ثلاثةٍ ، ثم تَزِيدُها وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهَا فى أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وتَضْرِبُها فِى خَمْسَةٍ ، تَكُنْ خَمْسَةً وسَبْعِينَ ، فهذِهِ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، تَضْرِبُهَا فى عَشَرَةٍ ، ثُمَّ تَقْسِمُها عَلَى تِسْعَةَ عَشَرَ ، تَكُنْ سِتَّةً[19] وثلاثِينَ جُزْءًا ، ثُمَّ تَنْقُصُ الثَّلَاثَةَ وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهَا فِى أَرْبعَةٍ ، وَتَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِى خَمْسَةٍ ، تَكُنْ خَمْسَةً وَأَرْبَعِين ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهَا فى اثْنَيْنِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً وَثَمَانِينَ ، فهذه وَصِيَّةُ الْخَالِ ، ثم تَنْقُصُ الْأَرْبَعَةَ وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهَا فى خَمْسَةٍ[20] ، تَكُنْ خَمْسَةَ عَشَرَ ، وتَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهَا فى اثْنَيْنِ ، تَكُنْ اثْنَيْنِ وثلاثين ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُها فِى ثلاثةٍ ، تَكُنْ ثلاثةً / وتسعينَ ، فهذه وَصِيَّةُ الْجَدِّ ، ثم تَنْقُصُ الْخَمْسَةَ وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهَا فِى اثْنَيْنِ ، تَكُنْ ثَمَانِيَةً ، تَزِيدُهَا وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهَا فِى ثلاثةٍ ، تَكُنْ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، تَنْقُصُهَا وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فى أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ مِائَةً وأَرْبَعَةً ، فهى وَصِيَّةُ الْأَخِ[21] . وفى ذلك تَضْرِبُ الْعَدَدَ الَّذى مع كُلِّ وَاحِدٍ مِنهم ، وتَقْسِمُهُ على تِسْعَةَ عَشَرَ ، فالْخَارِجُ بِالْقَسْمِ هو وَصِيَّتُهُ ، ولو وَصَّى لِعَمِّهِ بِعَشْرَةٍ وَنِصْفِ وَصِيَّةِ خَالِهِ ، ولِخَالِهِ بِعَشْرَةٍ وثُلُثِ وَصِيَّةِ عَمِّهِ ، كانتْ وَصِيَّةُ الْعَمِّ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ ، ووَصِيَّةُ الْخَالِ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَبَابُها أَنْ تَضْرِبَ أَحَدَ الْمَخْرَجَيْنِ فِى الْآخَرِ ، وتَنْقُصَه[22] وَاحِدًا ، فهو الْمَقْسُومُ عليهِ ، ثم تَزِيدَ

٨١/٦ و

---

(١٩) فى الأصل ، ا زيادة : « وستة » .

(٢٠) فى ا : « الخمسة » .

(٢١) فى ا زيادة : « كله » .

(٢٢) فى م : « وانقصه » .

مَخْرَجَ النِّصْفِ وَاحِدًا ، وتَضْرِبَهُ فى مَخْرَجِ الثُّلُثِ ، ثم فِى عَشْرَةٍ ، تَكُنْ تِسْعِينَ ، مَقْسُومَةً على (٢٣خَمْسَةَ عشَرَ٢٣) ، تَكُنْ ثَمَانِيَةَ عشَرَ ، ثم تَزِيدُ مَخْرَجَ الثُّلُثِ وَاحِدًا ، وتَضْرِبُهُ فِى مَخْرَجِ النِّصْفِ ، ثم فى عَشْرَةٍ ، تَكُنْ ثَمَانِينَ ، مَقْسُومَةً على خَمْسَةٍ . فإِنْ كَانَ معهما آخَرُ ، ووَصَّى لِلْخَالِ بعَشَرَةٍ ورُبع وَصِيَّتِهِ ، ووَصَّى لَهُ بِعَشْرَةٍ ورُبْعِ وَصِيَّةِ الْعَمِّ ، ضَرَبْتَ الْمَخَارِجَ ، وَنَقَصْتَهَا وَاحِدًا ، تَكُنْ ثَلَاثَةً وعِشْرِينَ ، فهى الْمَقْسُومُ عليهِ ، ثم تَزِيدُ الاثْنَيْنِ وَاحِدًا ، وَتَضْرِبُهَا فِى ثَلَاثَةٍ تَكُنْ تِسْعَةً ، فَزِدْهَا وَاحِدًا ، واضْرِبْهَا فِى أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعِينَ ، ثُمَّ(٢٤) فِى عَشْرَةٍ ، ثُمَّ اقْسِمْهَا تَخْرُجْ سَبْعَةَ عشَرَ ، وتِسْعَةَ أَجْزَاءٍ ، فهى وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، ثُم تَصْنَعُ فِى الْبَاقِيَيْنِ كما ذَكَرْنَا ، فتَكُونُ وَصِيَّةُ الْخَالِ أَرْبَعَةَ عشَرَ وثَمَانِيَةَ عشَرَ جُزْءًا ، ووَصِيَّةُ الثَّالِثِ أَرْبَعَةَ عشَرَ وثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ ، وَإِنْ شِئْتَ بَعْدَمَا عَمِلْتَ وَصِيَّةَ الْعَمِّ ، فاضْرِبِ الزَّائِدَ مِن وَصِيَّتِهِ فِى اثْنَيْنِ ، فهو وَصِيَّةُ الْخَالِ ، واضْرِبِ الزَّائِدَ عَنِ الْعَشْرَةِ مِن وَصِيَّةِ الْخَالِ فى ثلاثةٍ ، فهى وَصِيَّةُ الْعَمِّ ، ومتى عَرَفْتَ ما مع وَاحِدٍ مِنهم ، أَمْكَنَكَ مَعْرِفَةُ ما مع الْآخَرين . واللهُ أَعْلَمُ . وهذا الْقَدْرُ مِنْ هَذَا الْفَنِّ يَكْفِى ، فإِنَّ الْحَاجَةَ إِليهِ قَلِيلَةٌ ، وَفُرُوعَهُ كَثِيرَةٌ طَوِيلَةٌ ، / وغيرُها أَهَمُّ منها ، واللهُ تعالى يُوَفِّقُنَا لِمَا يُرْضِيهِ ، (٢٣إِنَّهُ عَلَى ما يشَاءُ قَدِيرٌ٢٣) .

٨١/٦ ظ

(٢٣ – ٢٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٤) سقط من : م .

فهرس

الجزء الثامن

كتاب الإجارات

كتاب إحياء الموات

كتاب الوقوف والعطايا

كتاب الهبة والعطية

كتاب اللقطة

كتاب اللقيط

كتاب الوصايا

٩٦٤ - مسألة : (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو بربع ماله ، ولم يُجز ذلك الورثة ، فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم ؛ لعمرو سهم ،

آخر الجزء الثامن

ويليه الجزء التاسع ، وأوله :

كتاب الفرائض

والحمدُ لِلهِ حَقَّ حَمْدِهِ